Conseil de la concurrence. - Décision du 3 juin 1997, n° 97-C/C-14 relative à l'acquisition de Barry par Callebaut

Le Conseil de la concurrence,

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique,

Vu l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises;

Vu la lettre du 3 mars 1997 par laquelle la société de droit suisse Callebaut AG, la société de droit français Société de Participations Mobilières et la société de droit belge Compagnie Nationale à Portefeuille, toutes trois représentées par Me Jean-François Bellis, ont notifié un projet de concentration qui correspond au projet de concentration initial tel

qu'il fut notifié le 2 août 1996 sauf en ce qu'il prévoit divers engagements irrévocables que les parties offrent de contracter "afin de renforcer ou de créer une source d'approvisionnement alternative sur les marchés libres belges du chocolat de couverture et du végécao", et donc de rencontrer les griefs que le Conseil de la concurrence a retenu à l'encontre du projet initial de concentration dans sa décision du 19 décembre 1996;

Vu la décision du Conseil de la concurrence du 28 mars 1997 d'engager la procédure prévue au § 3 de l'article 33 de la loi;

Vu le rapport de l'Inspection générale des Prix et de la Concurrence déposé le 30 avril 1997;

Ayant donné aux entreprises en cause l'occasion de faire connaître leurs points de vue,

Adopte la décision fondée sur les constatations et les motifs ci-après exposés.

Attendu que suite à la décision du Conseil de la concurrence du 19 décembre 1996 (Moniteur belge du 21 février 1997) de ne pas autoriser l'opération de concentration notifiée le 2 août 1996, les parties ont notifié le 3 mars 1997 un projet de concentration qui diffère du projet initial de concentration non autorisé en ce qu'il est assorti de l'engagement irrévocable pris par Callebaut AG de vendre à un tiers, à un prix de marché raisonnable, dans un délai de douze mois à compter de la décision d'approbation du Conseil, les activités de la N.V. Cacao Goemaere, filiale de la SA Barry, sur les marchés libres belges du chocolat de couverture et du végécao.

Attendu qu'aucune fin de non recevoir liée à l'autorité de la décision du Conseil du 19 décembre 1996 de ne pas

admettre l'opération de concentration notifiée le 2 août 1996 ne peut être opposée aux parties.

Attendu qu'il y a lieu de constater que l'accord entre les parties qui avait donné lieu à la notification du 2 août 1996 est devenu caduc puisque la condition suspensive de l'adoption d'une décision favorable du Conseil ne s'est pas accomplie;

Attendu qu'il faut considérer que la notification du 3 mars 1997 a donc trait à un accord intervenu entre les parties après la défaillance de ladite condition, aux termes duquel Callebaut AG a pris à l'égard des vendeurs une nouvelle fois l'engagement d'acquérir la totalité des actions de SCIA, propriétaire de la SA Barry, mais suivant un projet de concentration qui entraînerait pour elle en cas d'adoption par le Conseil d'une décision favorable, l'obligation de trouver acquéreur pour une partie des actifs faisant l'objet de la cession de contrôle.

Attendu en outre qu'aucune disposition de la loi du 5 août 1991 ne prive les parties à une opération de concentration qui se voient opposer un refus d'approbation du Conseil, de la possibilité de procéder une nouvelle fois à la notification de l'opération plutôt que d'interjeter appel contre la décision défavorable dans l'espoir d'obtenir une approbation, soit qu'elles estiment que les conditions de marché ont changé dans l'intervalle, soit qu'elles estiment pouvoir par l'offre de contracter certains engagements rencontrer les griefs retenus par le Conseil à l'encontre de l'opération.

Attendu que pour les mêmes motifs, le Conseil estime que le recours que les parties ont introduit le 21 mars 1997 contre la décision du Conseil du 19 décembre 1996 est sans incidence sur le déroulement de la présente procédure et ce d'autant plus qu'il apparaît au Conseil qu'en introduisant ce recours, les parties adoptent une attitude inconciliable avec celle qu'elles prennent en saisissant le Conseil d'un projet de concentration modifié, puisque cette saisine n'a de sens que si elle implique un acquiescement des parties à la décision du 19 décembre 1996, le Conseil ne pouvant assortir sa décision, qu'elle soit favorable ou détavorable, d'une condition suspensive de confirmation par la Cour d'Appel de Bruxelles de sa décision du 19 décembre 1996.

Attendu que les parties ont déclaré dans leur acte de notification que les conditions du marché telles que décrites dans la décision du Conseil du 19 décembre 1996 sont inchangées.

Attendu qu'aucun élément de l'instruction ne permet d'infirmer cette affirmation. Que le Conseil se réfère dès lors aux constatations faites dans cette décision en ce qui concerne les parties concernées, les produits concernés par l'opération, le cadre réglementaire, l'offre et la demande ainsi qu'aux motifs sur base desquels il a refusé d'approuver le projet initial de concentration et constater que les conditions d'application de l'article 10, § 3, de la loi n'étaient pas réunies, motifs qui ont incité les parties à modifier le projet de concentration.

Attendu qu'il y a lieu d'examiner à la lumière de ces constatations et motifs, si, comme les parties le prétendent, l'offre d'engagements est susceptible de neutraliser dans leur entièreté les effets de la concentration identifiés par le Conseil et de faciliter l'entrée d'un concurrent crédible sur le marché et/ou d'augmenter la capacité concurrentielle d'un concurrent en place de manière à ce que, dans l'un ou l'autre cas, le concurrent puisse rivaliser efficacement avec Callebaut sur le marché beige.

Attendu que l'engagement offert par Callebaut lors de la notification du 3 mars 1997 est rédigé comme suit :

(...)

Attendu qu'en cours de procédure, les parties ont modifié les termes de l'engagement.

Que les engagements que Callebaut offre de contracter sont aux termes de la version déposée le 27 mai 1997 à l'audience, les suivants :

(...)

Attendu que le Conseil considère avec le Service de la concurrence que le projet de concentration modifié n'empêchera pas Callebaut d'agir indépendamment de ses clients et de ses concurrents sur les marchés en cause et de renforcer sa position dominante.

Attendu que la cession envisagée ne porte pas sur la N.V. Cacao Goemaere en tant qu'entreprise dotée d'une capacité concurrentielle propre, mais seulement sur les contrats en cours de la SA Goemaere avec ses clients belges.

Attendu qu'après la concentration et après la vente de ces contrats, Callebaut aura acquis le contrôle de la S.A. Goemaere, filiale de Barry, dont la capacité concurrentielle ne se trouvera pas diminuée par l'effet des engagements pris, sauf de manière limitée et pour une période courte.

Attendu que les éléments que comprend l'entité juridique que constitue la N.V. Cacao Goemaere, à savoir le site de production de Drongen, les installations techniques, matériel et outillages industriels, personnel, accords commerciaux et tous droits liés aux contrats en cours non cédés, services de distribution et vente, nom commercial, savoir-faire et secrets d'affaires liés à ses activités sur les marchés en cause, sont autant de facteurs qui permettront la N.V. Cacao Goemaere de garder intacte, nonobstant la cession, sa capacité de concurrence ou du moins de récupérer facilement la clientèle cédée à l'expiration de la période pour laquelle les engagements, dont est assortie la cession de contrats envisagée, sont pris.

Attendu que la cession des contrats envisagée est d'autant moins susceptible d'empêcher un renforcement de la position dominante de Callebaut à l'expiration de cette période, que la N.V. Cacao Goemaere continuerait de produire sur son site les quantités de chocolat de couverture et de végécao correspondant aux contrats cédés aussi longtemps que l'acquéreur ne serait pas en mesure d'assurer lui-même cette production, à savoir durant la période nécessaire à l'installation d'un site de production s'il s'agit d'un entrant ou à l'augmentation des capacités de production s'il s'agit d'un concurrent en place.

Attendu que le transfert réel à l'acquéreur de la production des quantités couvertes par les contrats cédés présente

Qu'il est par ailleurs probable que bon nombre de clients refusent de bonne foi de traiter avec l'acquéreur, la cession des contrats n'étant pas assortie de la vente des éléments d'actifs ayant permis à Goemaere de créer avec sa clientèle une relation de partenariat axée non seulement sur la qualité des produits mais aussi sur la qualité des services annexes à la vente, mais n'étant assortie que d'une mise à la disposition partielle et temporaire de ces éléments.

Attendu que les quantités de chocolat de couverture couvertes par les contrats dont la cession est envisagée paraissent nettement insuffisantes pour inciter un acquereur potentiel à mener une politique d'investissement qui lui permettrait de rivaliser efficacement et à brève échéance avec l'entité nouvelle.

Attendu que la proposition d'engagement faite par les parties n'atténue pas d'une manière significative les effets que la concentration entraîne pour les clients industriels et groupes multinationaux, tels que décrits par le Conseil dans sa décision du 19 décembre 1996.

Attendu qu'il apparaît déraisonnable de considérer que l'offre d'engagement puisse modifier en faveur des concurrents de l'entité nouvelle et des utilisateurs de chocolat de couverture et de végécao, les conditions de rivalité entre offreurs qui résultent de la concentration.

Que la réduction provisoire des activités de la N.V. Goemaere sur les marchés libres du chocolat de couverture et du végécao qui résulterait de l'engagement, ne réduit pas la capacité concurrentielle de l'entité nouvelle sur ces marchés, laquelle est fonction d'une série de facteurs qui se trouvent renforcés par la concentration, tels l'importance du groupe, sa capacité de production, son ouverture aux échanges internationaux, sa forte présence sur les marchés

Que la cession des contrats proposée entraînerait, en cas d'acceptation de la clientèle concernée, un maintien provisoire de la part de marché de Callebaut à son niveau actuel mais ne créerait nullement les conditions susceptibles de neutraliser les effets de la concentration en Belgique.

Que le projet de concentration modifié, tel que notifié le 3 mars 1997 et aménagé en cours de procédure, est partant inadmissible.

Que les conditions d'application de l'article 10, § 3, de la loi ne sont par ailleurs, pour les motifs exposés dans la décision du 19 décembre 1996 et qui restent inchangés, pas réunies.

Attendu qu'aux termes de l'article 33, § 4, de la loi, lorsque le Conseil constate que la concentration est inadmissible, il ordonne en vue de rétablir la concurrence effective, la séparation des entreprises ou actifs regroupés, la cessation du contrôle commun ou toute autre mesure appropriée.

Attendu que pour rétablir en Belgique la concurrence sur les marchés en cause, il y a lieu d'ordonner la vente, comme entreprise en activité, de la N.V. Goemaere dont l'acquisition par Callebaut a pour effet de renforcer sa position dominante sur les marchés en cause en Belgique et d'adopter les mesures nécessaires pour maintenir la viabilité, la valeur sur le marché et la compétitivité de l'entreprise à céder.

Constate que le projet de concentration tel que notifié le 3 mars 1997 et modifié par les parties en cours de procédure a pour effet le renforcement de la position dominante de Callebaut et entrave de manière significative la concurrence effective sur les marchés belges du chocolat de couverture et du végécao;

Constate que les conditions d'application de l'article 10, § 3, de la loi ne sont pas réunies.

Ordonne les mesures suivantes qui ont pour objectif d'empêcher Callebaut A.G. d'acquérir le contrôle de la N.V. Cacao Goemaere et d'assurer le maintien de la capacité concurrentielle de l'entreprise à céder :

N.V. Cacao Goemaere et d'assurer le maintien de la capacite concurrenneille de l'entreprise à cedet :

1. La vente à un acquéreur valable qui devra être approuvé par le Conseil - étant entendu que ledit acquéreur devra être un concurrent crédible, viable, actuel ou potentiel, indépendant de et non lié au groupe Barry- Callebaut, ayant les ressources financières et l'expertise lui permettant de maintenir et de développer l'activité de l'entreprise à céder et la capacité de rivaliser efficacement avec Callebaut AG sur les marchés belges du chocolat de couverture et du végécao, à un prix de marché raisonnable, dans un délai de (...) à compter de la notification par le Conseil de la présente décision, de l'intégralité des actions de la N.V. Cacao Goemaere, délai qui pourra être éventuellement prolongé par le Conseil à la demande des parties ou de l'administrateur désigné par elles si les circonstances l'exigent.

2. La désignation par les parties, aussi rapidement que possible après la potification décision et en toute hypothèse

2. La désignation par les parties, aussi rapidement que possible après la notification décision et en toute hypothèse au plus tard (...) à compter de la date de notification, d'un administrateur ad hoc, rémunéré par elles, qui devra être approuvé par le Conseil, pour agir pour leur compte, avec mandat de mener en toute bonne foi des négociations avec des tierces parties intéressées, en vue de la vente de la N.V. Cacao Goemaere et de trouver acquéreur pour ladite société étant entendu que pour autant que les offres aient été formulées par des acquéreurs reconnus comme étant valables, les parties seront libres d'accepter toute offre ou de sélectionner l'offre qu'elles considèrent la meilleure en cas de pluralité d'offres

3. Avant achèvement de la vente de la N.V. Cacao Goemaere à une tierce partie, le maintien sous le contrôle de l'administrateur ad hoc des actifs et des activités de production et de vente de la N.V. Goemaere à leur niveau actuel afin d'assurer sa rentabilité continue et sa valeur sur le marché, étant entendu que tous les contrats, y compris les contrats de sous-traitance, nécessaires pour préserver la rentabilité du site de production de la N.V. Cacao Goemaere soient conclus ou poursuivis conformément aux conditions qui les régissent, d'une manière cohérente avec la pratique passée et la marche ordinaire des affaires, ainsi que le maintien de toutes les fonctions d'administration et de gestion nécessaires à assurer l'exploitation et la gestion de l'entreprise à céder.

Dit que l'administrateur ad hoc soumettra tous les quinze jours un rapport écrit au Conseil, avec copie aux parties, sur la surveillance de l'exploitation et de la gestion de la N.V. Cacao Goemaere et le respect des obligations reprises au point 3, sur l'évolution de ses négociations avec les tiers intéressés par l'acquisition de la N.V. Cacao Goemaere et qu'il avertira le Conseil de tout événement pouvant affecter le déroulement de sa mission.

Ainsi statué le 3 juin 1997 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Mme Christine Schurmans, Président de la chambre, MM. Bernard Dauchot, Paul Eeckman et Léon Dabin, membres.