



Décision n° 06-D-31 du 20 octobre 2006
relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la
société Finegee à l'encontre du groupe Heineken France Boissons

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 26 mai 2006, sous les numéros 06/0040 F et 06/0041 M, par laquelle la société Finegee (Société Française des Boissons Douces) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe Heineken France Boissons et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 modifié fixant les conditions de son application ;

Vu les observations présentées par la société Finegee, le groupe Heineken et le commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement et les représentants des sociétés Finegee, Heineken France et du groupe Rouquette entendus lors de la séance du 20 septembre 2006 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. En application de l'article L. 462-5 du code de commerce, la société Finegee (qui s'appelait Société Française des Boissons Douces jusqu'à l'automne 2005) a saisi le Conseil, par lettre enregistrée le 26 mai 2006, sous les numéros 06/0040 F et 06/0041 M, d'un dossier relatif à certaines pratiques qui auraient été mises en œuvre par le groupe Heineken France Boissons (ci-après Heineken) et le groupe Rouquette sur le marché de la distribution de la bière en Ile-de-France.
2. En outre, elle a demandé, sur le fondement de l'article L. 464-1 du même code, que le Conseil de la concurrence prononce des mesures conservatoires.
3. La saisissante dénonce devant le Conseil les conditions dans lesquelles l'entrepôt France Boissons Nayrolles (ci-après FBN) a été cédé par le groupe Heineken au groupe Rouquette, cette cession lui ayant été imposée par le ministre de l'économie et des finances par un arrêté du 25 mai 2005 pris au titre du contrôle des concentrations.
4. La société saisissante, qui était elle aussi candidate à l'acquisition de l'entrepôt, dénonce « *le non respect des principes de transparence et de loyauté de l'appel d'offres* ». Elle estime, en outre, que le choix du groupe Rouquette par Heineken, dans ces conditions, est révélateur d'une entente anticoncurrentielle entre les deux groupes.
5. A titre conservatoire, la société saisissante demande au Conseil de la concurrence de déclarer « *nul et de nul effet* » l'appel d'offres lancé par Heineken pour la cession de l'entrepôt et de faire organiser un nouvel appel d'offres « *loyal, transparent et non discriminatoire* ».

B. LE SECTEUR DE LA DISTRIBUTION DE LA BIÈRE

6. Le secteur d'activité concerné est celui de la distribution de la bière à destination de la consommation hors domicile.
7. La consommation de bière hors domicile a lieu, dans sa grande majorité, dans les cafés, hôtels et restaurants (CHR). Dans le circuit CHR, il existe un distributeur intermédiaire entre le brasseur et l'établissement de restauration hors domicile. Il s'agit la plupart du temps de l'entrepôt grossiste de boissons, qui livre les boissons aux établissements de la restauration hors foyer. Outre l'acheminement des produits depuis les brasseries jusqu'à l'entrepôt, le stockage des produits et leur livraison aux points de vente, cette activité nécessite la reprise des emballages vides consignés et les opérations comptables nécessaires à leur gestion.

8. Depuis 1995, les trois principaux brasseurs en France (Heineken, Kronenbourg et InBev) ont procédé à l'acquisition de nombreux entrepositaires grossistes indépendants ou ont pris des participations minoritaires dans le capital des sociétés concernées.
9. Parallèlement au mouvement d'intégration verticale des brasseurs, dans les années 1990, les distributeurs dits "*indépendants*" se sont regroupés afin d'augmenter leur pouvoir de négociation vis-à-vis de leurs fournisseurs. La Centrale Européenne de Boissons (CEB), créée en 1997 et devenue depuis la société C10, constitue le plus important réseau de distributeurs indépendants en France.

C. LES ENTREPRISES

1. LA SOCIETE FINEGEE (SOCIETE FRANÇAISE DES BOISSONS DOUCES)

10. La société Finegee, antérieurement Société Française des Boissons Douces (SFBD), est une société anonyme à directoire et conseil de surveillance. Cette société holding détient des participations dans trois autres sociétés dans les domaines de l'édition, de la formation et de la restauration.
11. Sa filiale dans la restauration, la société Maltabena, est propriétaire des recettes d'une gamme de boissons non alcoolisées à base de malt. La société plaignante indique avoir contacté le groupe Heineken au début de l'année 2005, précisément « *dans le cadre de sa recherche d'un fabricant et d'un distributeur pour sa gamme de boissons non alcoolisées à base de malt* ». Heineken n'aurait pas été intéressée par la distribution de ces produits mais aurait invité Finegee à présenter une offre pour l'achat de l'entrepôt France Boissons Nayrolles.

2. LE GROUPE HEINEKEN

12. Heineken France SAS est une société holding, filiale à 100 % de la société hollandaise Heineken International BV. Cette société holding possède quatre filiales, dont trois fabriquent et commercialisent la bière : Heineken Entreprise SAS, Brasserie Fischer SA et Brasserie Saint Omer SAS. Ces trois sociétés constituent le pôle brassicole du groupe. La quatrième filiale est France Boissons SAS, elle-même holding regroupant une soixantaine de filiales entrepositaires grossistes réparties sur l'ensemble du territoire français.
13. Selon une étude Xerfi de 2002, le groupe Heineken était leader sur le marché de la bière vendue dans le circuit CHD avec une part de marché de 39 % en 2000, juste devant le groupe Kronenbourg, dont la part de marché était de 37 % à cette date. Le groupe InBev occupait la troisième position sur ce marché avec une part de 17 %. Depuis 2000, ces parts de marché sont restées stables.
14. France Boissons constitue le plus important réseau d'entrepositaires grossistes en France.

15. L'entrepôt France Boissons Nayrolles, dont la cession par Heineken au groupe Rouquette est à l'origine de la saisine, est un entrepositaire grossiste de boissons situé à Drancy, en Ile-de-France. La société France Boissons, maison-mère de l'entrepôt, a mis l'entrepôt en vente sous la supervision de Heineken France SAS et sous la surveillance d'un mandataire indépendant agréé par la DGCCRF.

3. LE GROUPE ROUQUETTE

16. Le groupe Rouquette est une société anonyme à directoire et conseil de surveillance qui regroupe six sociétés de distribution de boissons ou de produits secs actives en Ile-de-France. Son siège est à Chelles (Seine-et-Marne). Le capital est détenu à 100 % par la famille Rouquette.
17. Le groupe Rouquette détient lui-même 100 % du capital de la SAS Brasserie Les Vosges, qui a racheté l'entrepôt France Boissons Nayrolles en avril 2006. La SAS Brasserie Les Vosges est un entrepositaire grossiste de boissons qui distribue, par ordre d'importance, des eaux, des softs drinks, des jus de fruit, de la bière, des vins et des alcools, ainsi que du café.
18. Le groupe Coca-Cola est le principal fournisseur du groupe Rouquette, le groupe Heineken arrivant en cinquième position. En revanche, Heineken est le principal fournisseur du groupe Rouquette en ce qui concerne les seuls fûts de bière.

D. PRESENTATION DE LA SAISINE AU FOND ET DES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDEES

1. LE CONTEXTE DE LA SAISINE

19. En application des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi NRE du 15 mai 2001 et après que le Conseil de la concurrence ait rendu un avis le 18 mai 2004, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre de l'agriculture ont autorisé, par un arrêté¹ du 25 mai 2005, onze acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Heineken en France, sous réserve de la cession, à un acquéreur agréé par le ministre chargé de l'économie, de trois entrepôts, dont celui de France Boissons Nayrolles. Aux termes de l'arrêté, un mandataire indépendant, agréé par le ministre de l'économie, est chargé « *de rendre compte au ministre chargé de l'économie, tous les deux mois, de la gestion pendant la période transitoire des activités à céder et du progrès des opérations de cession* ».

¹ Cf. arrêté du 25 mai 2005, signé conjointement par les ministres de l'économie et de l'agriculture, relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Sogebra-Heineken dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

2. LES PRATIQUES DENONCEES

a) Le non respect des principes de transparence et de loyauté de l'appel d'offres

20. La saisissante soutient, en premier lieu, « *que n'ont pas été respectés les principes de transparence et de loyauté de l'appel d'offres* » lors de la cession de l'entrepôt France Boissons Nayrolles (FBN) et dénonce le traitement discriminatoire dont elle a été l'objet. Elle affirme que le groupe Rouquette, repreneur choisi par Heineken, aurait présenté une offre tardive, en dehors de la procédure initiale. Elle prétend en outre que cette offre n'était pas financée dans les délais imposés par la procédure d'appel d'offres, alors que la sienne l'était. Elle soutient que la procédure choisie par Heineken était « *fondée sur quatre critères* :

- *un calendrier, d'abord évolutif puis directif et fermé ;*
- *une concurrence entre divers offreurs ;*
- *la remise d'une somme pour avoir accès à la documentation, en l'occurrence un chèque de 50 000 euros libellé à l'ordre de France Boissons (...)* ;
- *la transmission de l'offre ferme retenue à la DGCCRF* »

qui, réunis ensemble, définissent bien un appel d'offres et non une vente de gré à gré ». Elle estime donc que « *les principes de tout appel d'offres, notamment la transparence, l'égalité de traitement et l'absence de discrimination entre les acquéreurs potentiels* » n'ont pas été respectés.

21. Lors de son audition, le directeur général de la société C10, qui a participé à l'appel d'offres en cause en association avec l'une de ses sociétés adhérentes, a indiqué partager le « *sentiment que la procédure d'appel d'offres n'a pas été totalement respectée* ». Il a eu « *l'intime conviction* » qu'à la date indiquée pour la remise des offres financées, l'offre du groupe Rouquette n'était pas encore financée et s'est étonné que ce candidat ait pu obtenir un agrément pour l'acquisition de l'entrepôt FBN.

b) L'existence d'une entente anticoncurrentielle entre Heineken et le groupe Rouquette

22. La société plaignante allègue, en second lieu, l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre les groupes Rouquette et Heineken, en se fondant sur les quatre éléments suivants :

▪ En premier lieu, la sélection du repreneur se serait déroulée dans des conditions non transparentes et discriminatoires (cf. *supra*). Lors de son audition du 30 août 2006, le représentant de la société saisissante a indiqué : « *Tout s'est passé comme si Heineken avait déjà choisi le groupe Rouquette avant de lancer son appel d'offres. Nous comprenons l'appel d'offres comme un moyen pour Heineken de sélectionner un autre repreneur au cas où le groupe Rouquette n'aurait pas eu le financement nécessaire* ».

▪ En deuxième lieu, la société Finegee dénonce la « *proximité* » des deux groupes, fondée sur une « *facilité de négociations et de discussions entre personnalités appartenant depuis longtemps à un même milieu professionnel et ayant des intérêts en commun* ».

- En troisième lieu, la saisissante allègue avoir fait l'objet de pressions de la part de France Boissons pour qu'elle s'engage, en cas d'acquisition de l'entrepôt FBN, à revendre celui-ci au groupe Heineken dans un délai de dix ans. Selon ses dires, Heineken devait s'engager, en contrepartie, à lui racheter cet entrepôt à un prix lui garantissant 50 % de plus value. La société Finegee produit un projet de lettre en ce sens qu'elle aurait transmis le 12 décembre 2005, par courrier électronique, à la société France Boissons. Selon la société Finegee, il est probable qu'un accord du même type ait été conclu entre Heineken et le groupe Rouquette.

- En dernier lieu, elle fait valoir que le groupe Rouquette a quitté le réseau d'entrepôts grossistes indépendants C10 et rapproche ce départ de la décision prise par le conseil d'administration de C10 de s'associer à ses adhérents, lorsque ceux-ci se porteraient candidats à l'acquisition de l'un des entrepôts mis en vente à la suite des arrêtés pris par le ministre, le 25 mai 2005. Il a, de plus, été convenu que C10 serait actionnaire minoritaire mais bénéficierait d'un droit de préemption sur l'ensemble des parts en cas de désengagement de l'actionnaire principal. Le directeur général de C10 explique que ce dispositif était destiné à pérenniser les rachats d'entrepôts par des adhérents C10, afin d'éviter des stratégies spéculatives consistant en la revente à l'un des trois grands brasseurs.

Le directeur général de C10 a commenté ce départ de la façon suivante : « *En quittant le réseau C10, en décembre 2004, le groupe Rouquette a annoncé vouloir être candidat seul au rachat d'entrepôts. Je n'imagine pas qu'un adhérent historique de C10 décide de quitter le réseau, avec toutes les conséquences que cela implique dans son organisation interne, sans que cela soit dicté par la volonté d'agir librement vis-à-vis des cédants et des règles mises en place par C10 pour encadrer le processus de rachat.* ».

23. La société plaignante conclut sa saisine en faisant valoir que « *ces faits et pratiques sont [...] susceptibles de mettre en cause le rétablissement d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés, c'est-à-dire l'objet même de l'arrêté ministériel du 25 mai 2005 pris à la suite de [l']avis du 18 mai 2004 [du Conseil de la concurrence]* ».

3. LES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDEES

24. La société Finegee demande au Conseil de la concurrence « *(i) de condamner les pratiques anticoncurrentielles dont [elle est] victime en déclarant nul et de nul effet l'appel d'offres référencé ci-dessus ; (ii) de faire organiser un nouvel appel d'offres "loyal, transparent et non discriminatoire"* ».

II. Discussion

25. L'article 42 du décret du 30 avril 2002 modifié énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application du deuxième alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce, selon lequel le Conseil de la concurrence « (...) *peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

A. SUR LA COMPETENCE

26. Le commissaire du gouvernement rappelle dans ses observations que le Conseil n'est pas compétent pour apprécier la légalité de la décision du ministre de l'économie et des finances agréant le repreneur choisi pour la mise en œuvre d'une injonction en application du titre III du code de commerce et qu'il n'appartient donc pas au Conseil de vérifier si l'acquéreur est un concurrent actuel ou potentiel viable, indépendant des parties et sans aucun lien avec elles, et qui possède des ressources financières, des compétences confirmées et la motivation nécessaire pour préserver et développer la capacité concurrentielle de l'activité, éléments qui font l'objet d'une vérification par les services de la DGCCRF et conditionnent l'octroi de l'agrément.
27. La décision du ministre chargé de l'économie, prise au titre du contrôle des concentrations organisé par les articles L. 430-1 et suivants du code de la concurrence, constitue en effet un acte administratif dont la légalité ne peut être appréciée que par le Conseil d'Etat. Il en va de même de la décision par laquelle le ministre, constatant que les parties à l'opération de concentration n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement, retirerait, après avis du Conseil de la concurrence, l'autorisation accordée ou enjoindrait aux parties de s'y conformer sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. Ce n'est donc que dans la mesure où les comportements dénoncés sont détachables de l'exécution de la décision prise au titre du contrôle des concentrations que le Conseil est compétent pour les qualifier au titre des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.
28. En l'espèce, ce n'est pas le manque d'indépendance structurelle du groupe Rouquette vis-à-vis de Heineken ou l'incapacité du premier à rétablir, par nature, une concurrence suffisante sur le marché que met en cause la société plaignante. Elle allège au contraire l'existence d'une entente, c'est-à-dire un accord de volonté entre deux entreprises autonomes, pour fausser la concurrence sur le marché. Il s'agit bien d'une pratique détachable de l'appréciation de la légalité de la décision du ministre et le Conseil est, dès lors, compétent pour l'examiner au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

B. SUR L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE ENTRE LE GROUPE HEINEKEN ET LE GROUPE ROUQUETTE

29. En ce qui concerne les conditions dans lesquelles le groupe Rouquette a déposé une offre et a été choisi comme repreneur, il convient de relever que les services du ministre de l'économie en charge du contrôle des concentrations ont indiqué que l'arrêté imposant au groupe Heineken la cession de l'entrepôt France Boissons Nayrolles laissait libre choix à ce dernier de négocier avec qui il l'entendait et dans les conditions qu'il était libre de définir. Le mandataire désigné pour l'opération a précisé, lors de son audition du 31 août 2006, que « *Heineken n'était pas tenu de faire un appel d'offres. Le processus était une vente de gré à gré.* ». De fait, France Boissons, dans son courrier du 28 octobre 2005 adressé à la société Finegee comme aux autres candidats repreneurs, avait annoncé d'emblée se réserver le droit en toute discrétion (i) d'accepter l'offre qui aurait sa préférence et (ii) de rejeter l'offre de tout acquéreur potentiel sans avoir à en divulguer les raisons.
30. De plus, il ressort des éléments du dossier que le groupe Rouquette avait été informé par Heineken France Boissons de la mise en vente de l'entrepôt dès le mois de juin 2005, au même moment que la société Finegee. Le groupe Rouquette a ensuite signé l'accord de confidentialité relatif à l'opération de cession de l'entrepôt le 3 août 2005, soit moins d'une semaine après la société Finegee. Les allégations du saisissant, qui évoque une offre « *nouvelle* » faite « *en dehors de la procédure initiale* » sont donc sans fondement.
31. Enfin, le mandataire désigné pour l'opération par le ministre a affirmé que l'offre du groupe Rouquette était supérieure à celle de Finegee à au moins trois égards : « *un prix supérieur ; une garantie de financement bancaire ; des modalités de paiement plus attractives* ».
32. Il en résulte qu'à supposer que la discrimination dont la société Finegee prétend être victime puisse être l'indice d'une entente anticoncurrentielle entre les groupes Heineken et Rouquette, il n'existe au dossier aucun élément attestant du caractère discriminatoire des conditions dans lesquelles le groupe Rouquette a déposé une offre et a été choisi comme repreneur de l'entrepôt France Boissons Nayrolles mis en vente par le groupe Heineken.
33. En ce qui concerne la « *proximité* » des deux groupes, définie par la saisissante comme une « *facilité de négociations et de discussions entre personnalités appartenant depuis longtemps à un même milieu professionnel et ayant des intérêts en commun* », elle ne peut être regardée comme un élément probant de nature à démontrer à l'existence d'une entente anticoncurrentielle.
34. En ce qui concerne les pressions qui auraient été exercées sur la société Finegee pour qu'elle s'engage à céder l'entrepôt dans un délai de dix ans, le groupe Heineken dément formellement avoir envisagé un tel accord et le président de France Boissons, destinataire du courrier du 12 décembre 2005, déclare être « *tombé des nues* » en recevant le projet de lettre en cause. Il explique qu'au contraire, il avait évoqué avec la société Finegee un mécanisme contractuel bien différent, « *par lequel FINEGEE rétrocéderait à France Boissons la moitié de la plus-value qu'elle pourrait réaliser en cas de revente de FBN à un tiers (comme InBev ou C10)* » et ce afin de « *décourager les acheteurs purement opportunistes désireux de faire de la spéculation sur une opération d'achat – revente, qui aurait été préjudiciable à la pérennité de FBN.* ».

35. Il ressort de l'ensemble des pièces du dossier que le projet de lettre concerné, établi par la saisissante, non signé et contesté par le groupe Heineken, est dépourvu de valeur probante et qu'aucun autre élément au dossier ne vient étayer l'allégation selon laquelle le groupe Heineken aurait proposé à la société Finegee le même type d'accord que celui dont la société Finegee prétend qu'il a été conclu entre le groupe Heineken et le groupe Rouquette.
36. En ce qui concerne le départ du groupe Rouquette du réseau C10, le représentant de ce groupe a fait valoir en séance qu'il a quitté ce réseau en décembre 2004, soit antérieurement à l'arrêté du ministre du 25 mai 2005. Il a de plus expliqué que son départ était essentiellement motivé par le fait qu'il était en désaccord avec l'évolution de l'ex Centrale Européenne de Boissons (CEB), dont il avait été l'un des membres fondateurs en 1997, et par son souci de préserver son statut d'entreprise familiale indépendante. De fait, le départ du groupe Rouquette du réseau C10 ne peut, en l'absence d'autres éléments, constituer l'indice d'une entente anticoncurrentielle entre ce groupe et le groupe Heineken.
37. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'aucun des éléments avancés par la saisissante à l'appui de la dénonciation de l'existence, entre le groupe Heineken et le groupe Rouquette, d'une entente de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la distribution de la bière en Ile-de-France, ne vient étayer de manière probante les faits allégués.
38. Il y a donc lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce et, par voie de conséquence, de rejeter la demande de mesures conservatoires.

DÉCISION

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 06/0040 F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 06/0041 est également rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Cayatte, par Mme Perrot, vice-présidente présidant la séance, Mme Renard-Payen et M. Flichy, membres.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

La vice-présidente,
Anne Perrot