

ACTUALITÉS

1. **DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL**
TRADE LAW
2. **DROIT EUROPÉEN DES AFFAIRES/AUTRES DROITS RÉGIONAUX DES AFFAIRES**
EUROPEAN BUSINESS LAW/BUSINESS LAW REVIEW BY REGION
3. **DROIT MONÉTAIRE, BANCAIRE ET FINANCIER**
MONETARY, BANKING AND FINANCIAL LAW
4. **CONVENTIONS INTERNATIONALES**
INTERNATIONAL CONVENTIONS
5. **ARBITRAGE INTERNATIONAL**
INTERNATIONAL ARBITRATION
6. **FISCALITÉ INTERNATIONALE**
INTERNATIONAL TAXATION

2. **DROIT EUROPÉEN DES AFFAIRES**
EUROPEAN BUSINESS LAW

CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS FRANÇAIS LA DÉCISION PANZANI : UN RENFORCEMENT DU CONTRÔLE DES ENGAGEMENTS

**FRENCH MERGER CONTROL
THE PANZANI DECISION : INTENSIFICATION OF COMMITMENT CONTROL**

Laurent NOUVEL* et Igor SIMIC**

Responsable de la chronique : Nathalie JALABERT-DOURY, Avocat à la Cour, chargée d'un enseignement dans le DESS de Droit du Commerce international de Paris X Nanterre.

Par lettre du 17 mai 2002, publiée le 20 mai 2003, le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a autorisé l'acquisition du groupe Lustucru par la société Panzani (l'« Opération »)¹.

By letter dated May 17, 2002, later published on May 20, 2003, the Minister of the Economy, Finances and Industry authorized the acquisition of the Lustucru group by Panzani (the "Transaction").

* Avocat à la Cour, Cabinet Lovells Paris.

** Avocat à la Cour, Cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton Paris.

The main markets involved were the markets of dry and fresh pastas. Moreover, the dry pastas market was the main market affected by the Transaction.

Panzani and Lustucru are traditional leaders in this market: they held, respectively, the first and third position in the market, both benefiting from very strong notoriety and together controlling nearly half of the market sales. The initial draft merger was therefore leading to the disappearance of the third market player and the creation of a dominant operator in a relatively mature market.

In order to remedy the situation, Panzani committed to the divesting of all tangible and intangible assets required for Lustucru's "dry pastas" business, including the "Lustucru" trademark, which should have been separately registered for the "dry pastas" business. On the other hand, Panzani retained the ownership and use of this trademark for its "fresh pastas" business.

By suppressing all market share growth in the dry pastas market, Panzani's commitment has enabled it to avoid the creation of a dominant position on this market. It has also resulted in the use of an identical trademark, in the same territory, by two independent economic operators.

In view of such circumstances, the Minister has considered whether Lustucru's "dry pastas" business could be autonomously operated and could constitute a "viable business" within the meaning of the Commission notice on "acceptable remedies" (1).

Moreover, he postponed the completion of the Transaction until the conclusion of a legally binding agreement by Panzani and the purchaser of the "dry pastas" business and the approval of such purchaser, thereby introducing under French merger control law the "up-front buyer" solution (2).

1. Control of the "Viability" of Lustucru's "Dry Pastas" Business

By virtue of article L. 430-05 of the commercial code originating in the "NRE" law of May 15, 2001, the parties to a merger can, upon notification, undertake commitments to remedy the anti-competition affects of the relevant operation.

Les marchés essentiellement concernés étaient ceux des pâtes alimentaires, sèches et fraîches. Le marché des pâtes sèches était par ailleurs le principal marché affecté par l'Opération.

Sur ce marché, Panzani et Lustucru étaient en effet les deux « leaders » historiques : ils détenaient respectivement la première et la troisième position du marché, bénéficiaient d'une très forte notoriété et contrôlaient ensemble près de la moitié des ventes. Le projet initial de concentration entraînait donc la disparition du troisième acteur du marché et la création d'un opérateur dominant sur un marché relativement mature.

Afin de remédier à cette situation, Panzani s'est engagé à céder l'ensemble des actifs matériels et immatériels nécessaires à l'activité « pâtes sèches » de Lustucru, dont la marque « Lustucru », qui devait faire l'objet d'un dépôt séparé pour l'activité « pâtes sèches ». Panzani conservait en revanche la propriété et l'usage de cette marque pour son activité « pâtes fraîches ».

En supprimant toute addition de parts de marché sur le marché des pâtes sèches, l'engagement pris par Panzani a permis d'éviter la création d'une position dominante sur ce marché. Il a cependant abouti à l'usage d'une marque identique, sur un même territoire, par deux opérateurs économiques indépendants.

C'est au vu de ces circonstances, que le Ministre a examiné si l'activité « pâtes sèches » de Lustucru pouvait être exploitée de façon autonome et constituer une « activité viable » au sens de la communication de la Commission sur les « mesures correctives recevables »² (1).

Il a par ailleurs suspendu la réalisation de l'Opération, jusqu'à la conclusion par Panzani et l'acquéreur de l'activité « pâtes sèches » d'un accord juridiquement contraignant et l'agrément de cet acquéreur, introduisant ainsi en droit français du contrôle des concentrations la solution d'« up-front buyer » (2).

1. Le contrôle de la « viabilité » de l'activité « pâtes sèches » de Lustucru

En vertu de l'article L. 430-5 du Code de commerce issu de la Loi dite « NRE » du 15 mai 2001, les parties à une opération de concentration peuvent, à l'occasion de la notification de celle-ci, prendre des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération notifiée.

Les principaux engagements susceptibles d'être acceptés par le Ministre sont décrits dans le projet de lignes directrices de la DGCCRF *relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle* (les « Lignes directrices »). Ainsi, s'agissant des engagements de nature structurelle, consistant le plus souvent en la cession d'actifs, les Lignes directrices précisent que la cession doit porter sur une « *activité viable* »³.

Observons néanmoins que l'Opération a fait l'objet d'une notification au Ministre sous l'ancien régime français du contrôle des concentrations et donc, préalablement à la publication des Lignes directrices.

Or, à cette époque, il n'existait aucun texte, en droit français du contrôle des concentrations, relatif aux mesures susceptibles d'être proposées par les parties à une opération de concentration, afin de remédier à ses effets anti-concurrentiels.

Dans ces circonstances, le Ministre a examiné en l'espèce les engagements proposés par Panzani au regard de la communication de la Commission sur les « *mesures correctives recevables* » (la « Communication de la Commission »).

Conformément à la Communication de la Commission, les éléments cédés doivent constituer « *une activité viable qui, si elle est exploitée par un acquéreur approprié, devra pouvoir concurrencer effectivement et durablement la nouvelle entité* »⁴.

Une « activité viable » est définie comme « *une activité existante, susceptible d'être exploitée de façon autonome, c'est-à-dire indépendamment des parties à la concentration pour ce qui est de la fourniture de matières premières ou d'autres formes de coopération, sauf pendant une période transitoire* »⁵.

En d'autres termes, pour constituer une « activité viable », au sens de la Communication de la Commission, l'activité cédée doit pouvoir être exploitée de façon autonome.

En l'espèce, c'est l'usage de la même marque « Lustucru », sur un même territoire, par deux opérateurs économiques indépendants, qui a soulevé des interrogations quant à la possibilité d'exploiter l'activité cédée de façon totalement autonome.

Après un examen approfondi des conditions d'utilisation de la marque « Lustucru », le ministre a considéré que la coordination entre les deux exploitants de la même marque (en

The main commitments likely to be accepted by the Minister are described in the draft DGCCRF *guidelines relating to the analysis of mergers and regulatory procedures* (the "Guidelines"). In this way, with respect to commitments of a structural nature, consisting most often of the divestiture of assets, the Guidelines specify that the divestiture should bear upon "*viable business*".

One should nevertheless take note that the Operation in question was subject to a notification by the Minister under the former French merger control administration, and therefore preceded the publication of the Guidelines.

Also, at that time, not a single existing text in French merger control law referred to measures that could potentially be proposed by the parties to a merger operation, such as to remedy that operation's anti-competition affects.

Given these circumstances, the Minister examined the type of commitments proposed by Panzani as it was faced with the Commission notice on "*acceptable remedies*" (the "Commission notice").

According to the Commission notice, the divested assets must consist of "*a viable business that, if operated by a suitable purchaser, can compete effectively with the merged entity on a lasting basis*".

And a "viable business" is defined as "*an existing activity that can operate on a stand-alone basis, which means independently of the merging parties as regards the supply of input materials or other forms of cooperation other than during a transitory period*".

In other words, to consist of a "viable business", within the meaning of the Commission notice, the divested business must be able to operate on a stand-alone basis.

In the case at hand, it is the use of the same "Lustucru" trademark, in the same territory, by two independent economic operators, that raised issues regarding the possibility to operate the divested business on an entirely independent basis.

After a detailed review of the terms of use of the "Lustucru" trademark, the Minister considered that coordination between both operators of the same trademark (regarding, in particular, marketing, adver-

tisement and promotion) or, conversely, the depreciation by Panzani thereof (in order to eliminate a competitor from the dry pastas market) were unlikely in the case at hand.

a. The Absence of Risk of Coordination Between the Two Operators of the “Lustucru” Trademark

The Minister considered that the risk of coordination between Panzani and the purchaser of the “dry pastas” business was unlikely in the case at hand after taking into account the following.

Firstly, Panzani did not only grant a license for the “Lustucru” trademark to the purchaser of the “dry pastas” business, but also committed to divesting its ownership thereof.

The circumstances of the case are therefore different from those reviewed in the *Coca Cola/Orangina* case where the Ministers considered that the coordination between TCCC and the possible licensee of the “Orangina” trademark precisely resulted from the contemplated license agreement that enabled TCCC to exercise a control on the licensee in order to ensure that the latter was not undermining the distinctiveness, strength and *goodwill* of the “Orangina” trademark:

“[...] point 21 of the agreements proposed by TCCC in the aforementioned letter provides that “Coca-Cola will have exclusive ownership of the Orangina trademarks and will have the exclusive right to exercise such controls as are necessary to ensure that the Licensee does not diminish or dilute the distinctiveness, strength or good will of the Orangina trademarks, including quality control over the product and packaging and approval of advertising”; whereas such control which is organized in favor of the owner of the “Orangina” trademark is not compatible with the absence of coordination undertaken by TCCC in point 20”.

Such is clearly not the case when a trademark is divested. Indeed, the divestiture of a trademark is irreversible and does not grant any right of control in favor of the seller on the use that the purchaser makes of the divested trademark. Therefore, the purchaser of the “dry pastas” business may freely develop or adapt the “Lustucru” trademark without the prior consent of Panzani, who may not, in turn, use the same trademark on the dry pastas market.

matière notamment de marketing, de publicité et de promotion) ou inversement la dévalorisation par Panzani de celle-ci (en vue d'éliminer un concurrent du marché des pâtes sèches), étaient en l'espèce improbables.

a. L'absence de risque de coordination entre les deux exploitants de la marque « Lustucru »

Le Ministre a considéré que le risque d'une coordination entre Panzani et l'acquéreur de l'activité « pâtes sèches » était en l'espèce improbable, compte tenu des éléments suivants.

Premièrement, Panzani ne s'est pas contentée d'octroyer une licence de la marque « Lustucru » au repreneur de l'activité « pâtes sèches », mais s'est engagée à lui céder la propriété de celle-ci.

Les circonstances de l'espèce sont donc différentes de celles examinées dans l'affaire *Coca Cola/Orangina*, où les ministres ont considéré que la coordination entre TCCC et le licencié éventuel de la marque « Orangina » résultait précisément de l'accord de licence envisagé, qui permettait à TCCC d'exercer un contrôle sur le licencié, afin de s'assurer que ce dernier ne portait pas atteinte au caractère distinctif, à la force et au « *goodwill* » de la marque « Orangina » :

«[...] le point 21 des engagements souscrits par TCCC dans le courrier susvisé stipule que «Coca Cola gardera la propriété exclusive des marques Orangina et disposera du droit exclusif de contrôle nécessaire pour s'assurer que le licencié ne diminue ou n'atteigne le caractère distinctif, la force et le goodwill des marques Orangina, en ce compris le contrôle de qualité sur le produit, l'emballage et la publicité» ; que le contrôle ainsi organisé au profit du propriétaire de la marque «Orangina» n'est pas compatible avec l'absence de coordination à laquelle TCCC s'engage au point 20»⁶.

Tel n'est évidemment pas le cas lorsqu'une marque fait l'objet d'une cession. En effet, la cession d'une marque est irréversible et ne confère aucun droit de contrôle au profit du cédant sur l'usage que fait l'acquéreur de la marque cédée. Ainsi, le repreneur de l'activité « pâtes sèches » pourra librement développer la marque « Lustucru » ou la faire évoluer sans accord préalable de Panzani, lequel ne pourra, à son tour, utiliser la même marque sur le marché des pâtes sèches.

Deuxièmement, la marque « Lustucru » sera exploitée par Panzani et le repreneur de l'activité cédée sur deux marchés de produits distincts, à savoir le marché des pâtes fraîches et celui des pâtes sèches.

Là encore, les circonstances de l'espèce sont différentes de celles examinées dans l'affaire *Coca Cola/Orangina*. En effet, dans cette affaire, la coordination entre TCCC et l'éventuel licencié de la marque « Orangina » aurait pu être nécessaire au maintien de la marque, dans la mesure où ces entreprises devaient partager, pendant une période de 10 ans, l'usage des droits portant sur des produits identiques, la seule différence provenant du canal de distribution.

En revanche, l'exploitation d'une même marque, par des acteurs économiques indépendants, pour des produits relevant de marchés distincts ou voisins est courante en France.

A cet égard, on peut notamment citer l'exemple de la marque « Gervais » qui est partagée en France entre les groupes Danone pour les desserts et Nestlé pour les glaces. De même, la marque « Marie » est partagée en France, dans le seul domaine alimentaire, entre les sociétés Gorcy pour des plats cuisinés appertisés et Marie Surgelés France pour des plats cuisinés surgelés ou frais.

Ajoutons que la Commission européenne a même autorisé l'exploitation d'une marque identique ou similaire par des entreprises concurrentes pour des produits relevant d'un seul et même marché, tant en matière de contrôle des concentrations qu'en matière d'ententes.

Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, la Commission a autorisé dans l'affaire *SEB/Moulinex*, la commercialisation de produits identiques, sous la même marque, par des opérateurs économiques indépendants⁷.

Certes, dans cette affaire, les produits en cause devaient être commercialisés dans différents États-membres de l'Union européenne. Toutefois, conformément à la jurisprudence sur l'épuisement du droit des marques, les produits, une fois légalement commercialisés dans un État-membre, peuvent librement circuler dans tous les autres États-membres de l'Union européenne⁸.

Concernant l'application de l'article 81 du Traité CE prohibant les ententes anticoncurrentielles, on peut notamment citer l'affaire dite *Persil*⁹. Dans cette affaire, il s'agissait de deux marques de lessive identiques, ayant une lointaine origine commune : l'une française enregistrée au nom

Secondly, Panzani and the purchaser of the divested business will operate the "Lustucru" trademark on two distinct product markets, i.e. the fresh pastas market and the dry pastas market.

Once again, the circumstances of the case are different from those reviewed in the *Coca-Cola/Orangina* case. Indeed, in this case, coordination between TCCC and the possible licensee of the "Orangina" trademark could have been necessary to maintain the trademark since such undertakings had to share, for a 10-year period, the use of rights relating to identical products, the only difference being in the distribution channel.

On the other hand, independent economic actors operating the same trademark for products from distinct or neighboring markets is common in France.

In this respect, one could cite the notable example of the "Gervais" trademark, shared in France by the Danone group for desserts and the Nestlé group for ice creams. Similarly, exclusively in the food sector, the "Marie" trademark is shared in France by Gorcy for sterilized ready-made food, and Marie Surgelés France for frozen or fresh ready-made food.

It should be added that the European Commission has even authorized the operation of an identical or similar trademark by competing businesses for products falling within a single market so as to control both mergers and agreements.

Therefore, regarding merger control, the Commission authorized in the *SEB/Moulinex* case the marketing of identical products under the same trademark by independent economic operators.

Obviously, in this case, the products involved had to be marketed in different Member States of the European Union. However, in accordance with case law regarding the exhaustion of trademark law, the products, once legally marketed in a Member State, may freely circulate in all other Member States of the European Union.

Regarding the implementation of Article 81 of the EC Treaty prohibiting anti-competitive agreements, the case referred to as "*Persil*" may be cited. This case dealt with two identical trademarks for washing powder having a common yet distant origin: one was French and registered in the name of Unilever, the

other was German and registered in the name of Henkel. To put an end to their various disputes, the businesses concerned had committed to take all necessary action to prevent the products of one company from being sold in the territory of the other company.

Further to the intervention of the Commission, who saw a territorial division of the market contrary to Article 81 of the EC Treaty, both companies agreed to modify the look of their respective logos: Henkel would use the "Persil" logo printed in red followed, in smaller letters, by the word "Henkel" surrounded with a red oval, while the Unilever group would use the "Persil" logo printed in green.

The Commission considered that this last agreement was compatible with the competition rules since:

"[...] an agreement on the visual presentation of trademarks, aimed at preventing consumers from being misled as to the origin of the products, while goods may freely circulate in the whole Community and neither of the parties is prevented from using a determined trademark for some products, must be attributed to the existence of the trademark and, accordingly, does not fall within the prohibition of Article 85 paragraph 1".

Similarly, in the *Syntex/Synthelabo* case, the parties, both active in the pharmaceutical sector, have, following the intervention of the Commission, modified a geographic delimitation agreement in order to put an end to a dispute regarding the validity of their trademarks in several countries of the European Union.

The Commission had considered that the initial agreement was restricting competition and specified that:

"[...] the parties must examine all foreseeable solutions before concluding an agreement that effectively results in partitioning the market. In particular, they must review less restrictive solutions to determine if an agreement on the look of the logo would eliminate any risk of confusion".

Finally, the *Gang Nail* case concerning the transfer by Mitek of its UK subsidiary Grand Nail Systems (GNS) to Eleco may be mentioned. Before the divestiture, Mitek and GNS were both active on the market in the United Kingdom and in other countries of the

d'Unilever, l'autre allemande enregistrée au nom de Henkel. Pour mettre fin à leurs différents conflits, les entreprises concernées s'étaient engagées à faire tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher que les produits de l'une ne soient écoulés dans le territoire de l'autre.

A la suite de l'intervention de la Commission, qui y a vu une répartition territoriale du marché contraire à l'article 81 du Traité CE, les deux entreprises ont convenu de modifier la présentation de leurs marques respectives : Henkel utiliserait la marque « Persil » imprimée en rouge suivie, en lettres plus petites, du mot « Henkel » entouré d'un ovale rouge, tandis que le groupe Unilever utiliserait la marque « Persil » imprimée en vert.

La Commission a considéré que ce dernier accord était compatible avec les règles de concurrence, dans la mesure où :

«[...] un accord sur la présentation visuelle des marques, visant à empêcher que les consommateurs ne soient trompés sur l'origine des produits, alors que les marchandises peuvent circuler librement dans toute la Communauté et que l'une ou l'autre des parties n'est pas empêchée d'utiliser une marque déterminée pour certains produits, doit être attribué à l'existence de la marque et, dès lors, ne tombe pas sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1^{er}».

De même, dans l'affaire *Syntex/Synthelabo*, les parties, toutes deux actives dans le secteur pharmaceutique, ont, à la suite de l'intervention de la Commission, modifié un accord de délimitation géographique destiné à mettre fin à un litige concernant la validité de leurs marques dans plusieurs pays de l'Union européenne¹⁰.

La Commission avait considéré que l'accord initial était restrictif de concurrence et précisé que :

«[...] les parties doivent examiner toutes les solutions envisageables avant de conclure un accord qui ait effectivement pour effet de cloisonner le marché commun. Elles doivent, en particulier, examiner les solutions moins restrictives pour déterminer si un accord sur la présentation de la marque permettrait d'atteindre l'élimination des risques de confusion».

On peut enfin citer l'affaire *Gang Nail* qui concernait le transfert par Mitek de sa filiale britannique Gand Nail Systems (GNS) à Eleco. Avant la cession, Mitek et GNS étaient toutes deux présentes sur le marché au Royaume-Uni et dans

d'autres pays de l'Union européenne, et utilisaient la marque «Gang Nail» pour certains de leurs produits. L'accord de cession prévoyait que GNS posséderait les droits de propriété de la marque «Gang Nail» au Royaume-Uni et en Irlande. A l'issue d'une période de transition, chacune des deux parties devait retrouver le droit d'utiliser les marques «Gang Nail» dans le territoire de l'autre, à condition de les différencier (par la couleur ou d'autres indications appropriées).

La Commission a fait savoir, dans sa communication du 1^{er} novembre 1991, qu'elle envisageait d'adopter une position favorable sur ces accords¹¹.

Dans toutes ces affaires, la Commission a considéré qu'un accord relatif à l'usage d'une même marque, sur un même territoire, par des entreprises indépendantes pour des produits identiques ou similaires ne présentait pas de risque sérieux de coordination. Or, dans ce cas, le risque de coordination est plus réaliste, dans la mesure où ces produits exercent les uns sur les autres des pressions concurrentielles élevées, notamment en termes de prix. En l'espèce, les incitations à aligner les prix des pâtes sèches et des pâtes fraîches vendues sous la marque «Lustucru» sont peu probables dès lors que ces produits relèvent de marchés et de circuits distincts.

Troisièmement, Panzani s'est engagé à passer un accord de différenciation de marque avec l'acquéreur de l'activité «pâtes sèches», de manière à permettre l'exploitation de la marque «Lustucru» sur les différents marchés où elle est présente, sans coordination entre les exploitants.

L'accord de différenciation et l'absence de similitude entre ces produits réduisent sensiblement les risques d'incohérence dans la promotion concomitante de la marque «Lustucru» et donc les incitations à coordonner les efforts des deux exploitants de la marque en matière de marketing, de publicité et de promotion. La situation était donc encore une fois différente de celle examinée dans l'affaire *Coca Cola/Orangina*, où l'identité des produits et de l'acheteur final empêchait une dualité complète des politiques de promotion. Une coordination entre TCCC et le licencié était nécessaire pour prévenir le déclin de la marque Orangina au profit de la marque Fanta, détenue par TCCC.

Quatrièmement, à supposer même qu'une coordination des opérations de promotion de la marque «Lustucru» soit envisagée par l'acquéreur de l'activité «pâtes fraîches», elle ne serait nullement attractive pour Panzani, puisque le dévelop-

European Union and were using the "Gang Nail" trademark for some of their products. The divestiture agreement provided that GNS would retain the ownership rights on the "Gang Nail" trademark in the United Kingdom and in Ireland. At the end of a transition period, each of the parties would recover the right to use the "Gang Nail" logo in the territory of the other provided that they were differentiated (by color or other appropriate mentions).

The Commission mentioned, in its notice of November 1, 1991, that it was contemplating the adoption of a favorable position on these agreements.

In all these cases, the Commission has considered that an agreement relating to the use of an identical brand, in a single territory, by independent businesses for identical or similar products had no serious risk of coordination. Meanwhile, in such a case, the risk of coordination is more realistic since such products exercise strong competition pressures upon one another, particularly in terms of prices. In the case at hand, the incentives to bring prices for dry pastas and fresh pastas sold under the "Lustucru" trademark into line are unlikely since such products fall within distinct markets and channels.

Thirdly, Panzani has undertaken to enter into an agreement on trademark differentiation with the purchaser of the "dry pastas" business so as to enable the operation of the "Lustucru" trademark on the various markets where it is active without coordinating between the operators.

The differentiation agreement and the absence of similarity between said products significantly reduced the risk of inconsistency in the concomitant promotion of the "Lustucru" trademark and, therefore, increased the incentives to coordinate efforts of both operators of the trademark regarding marketing, advertisement and promotion. The situation was, therefore, once again different from that reviewed in the *Coca Cola/Orangina* case, where the identity of the products and the end purchasers prevented complete duality of promotional policies. Coordination between TCCC and the licensee was required to prevent the decline of the Orangina trademark in favor of the Fanta trademark, held by TCCC.

Fourthly, if it were assumed that a promotional coordination of the "Lustucru" trademark was contemplated by the purchaser of the "fresh pastas" business, it would not be attractive for Panzani, since the development of the "Lustucru" sales on the dry pasta

market would necessarily be to the detriment of Panzani, as this market still represents the main part of its business.

b. The Absence of Risk of Depreciation of the “Lustucru” Trademark by Panzani

The fact that “Lustucru” is the main trademark held by Panzani on the fresh pastas business makes any risk of depreciation of such trademark by Panzani unlikely.

Indeed, unlike Coca Cola, who has the “Fanta” trademark in direct competition with “Orangina”, Panzani only has one other trademark with minimal presence on the fresh pastas market (“Giovanni Panzani”).

Under these circumstances, any attempt to depreciate the “Lustucru” trademark for dry pastas, would, moreover, not only benefit Panzani but also its competitors on the dry pasta market, and would penalize not only its sales of fresh pastas without certain transfer on “Giovanni Panzani” but also those of other products marketed by Panzani under the “Lustucru” trademark (for example rice and couscous).

In view of all the aforementioned facts, the Minister considered that the Transaction had no serious risk of coordination between the two operators of the same trademark or conversely posed a risk of depreciation by Panzani of the “Lustucru” trademark in order to eliminate a competitor from the dry pastas market.

Therefore, he reached the conclusion that the “dry pastas” business of Lustucru could be operated on a stand-alone basis and that it consequently consisted a “viable business” within the meaning of the Commission notice.

2. Introduction under French Merger Control Law of the Upfront Buyer Solution

The viability of the divested business is not only related to a retrospective assessment in the course of its operation by the current operator but also to a prospective assessment: “the viable business must be transferred to a suitable purchaser”. Therefore, the Minister has assessed the capacity of the purchaser to be effectively competitive on a long-term basis in order to remedy the disappearance of the current operator of Lustucru dry pastas.

pement des ventes «Lustucru» sur le marché des pâtes sèches se ferait nécessairement au détriment de Panzani, qui représente encore la majeure partie de son activité.

b. L’absence de risque de dévalorisation de la marque «Lustucru» par Panzani

Le fait que la marque «Lustucru» est la principale marque détenue par Panzani sur le marché des pâtes fraîches, rend tout risque d’une dévalorisation par Panzani de cette marque improbable.

En effet, à la différence de Coca Cola, qui dispose de la marque «Fanta» en concurrence directe avec «Orangina», Panzani ne dispose que d’une marque peu présente sur le marché des pâtes fraîches («Giovanni Panzani»).

Dans ces circonstances, toute tentative de dévalorisation de la marque «Lustucru» pour les pâtes sèches, qui ne profiterait d’ailleurs pas seulement à Panzani mais également à ses concurrents sur le marché des pâtes sèches, pénaliserait non seulement ses ventes de pâtes fraîches sans certitude de report sur «Giovanni Panzani», mais également celles d’autres produits commercialisés par Panzani sous marque «Lustucru» (par exemple le riz et le couscous).

Au vu de l’ensemble des éléments exposés ci-dessus, le Ministre a considéré que l’Opération ne présentait pas de risque sérieux de coordination entre les deux exploitants de la même marque ou inversement de risque de dévalorisation par Panzani de la marque «Lustucru», afin d’éliminer un concurrent du marché des pâtes sèches.

Il a dès lors conclu que l’activité «pâtes sèches» de Lustucru pouvait être exploitée de façon autonome et qu’elle constituait, par conséquent, une «activité viable» au sens de la Communication de la Commission.

2. L’introduction en droit français du contrôle des concentrations de la solution d’Upfront Buyer

La viabilité de l’activité cédée est non seulement liée à une appréciation rétrospective dans le cadre de son exploitation par l’opérateur actuel, mais également à une appréciation prospective : «Il faut que l’activité viable soit cédée à un acquéreur approprié»¹². Le Ministre a donc apprécié la capacité du repreneur à exercer une concurrence effective et durable pour remédier à la disparition de l’opérateur actuel de Lustucru pâtes sèches.

Les critères de sélection de l'acquéreur sont connus :

*« L'acquéreur doit normalement être un concurrent actuel ou potentiel viable, indépendant des parties et sans aucun lien avec elles, qui possède des ressources financières, des compétences confirmées et la motivation nécessaire pour pouvoir préserver et développer la capacité de l'activité de concurrencer activement les parties »*¹³.

Dans certains cas, la viabilité de l'activité et l'efficacité de la cession peuvent dépendre étroitement de l'identité du repreneur¹⁴. En l'espèce certains doutes existaient quant à l'existence d'un acquéreur potentiel répondant aux exigences d'indépendance et de viabilité requises. De ce fait, les parties ont pris l'engagement de suspendre la réalisation de l'opération notifiée à l'agrément de l'acquéreur par le Ministre. Cette technique dite d'« *upfront buyer* », qui impose aux parties de trouver un acquéreur avant de réaliser l'opération, est expressément prévue par la Communication de la Commission qui prévoit que l'opération ne sera autorisée que si les parties « *s'engagent à ne pas réaliser l'opération notifiée avant d'avoir signé un accord contraignant sur la cession avec un acquéreur (dit « acquéreur initial ») approuvé par la Commission* »¹⁵. C'est cependant la première fois que cette pratique est clairement consacrée en France. Elle est d'ailleurs désormais mentionnée dans le Projet de Lignes Directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle¹⁶.

La Commission européenne l'a en revanche déjà utilisée à quelques reprises¹⁷. La première application est intervenue dans l'affaire *Bosch/Rexroth*¹⁸. En l'espèce, afin d'éviter la création d'une position dominante sur le marché des pompes à piston hydrauliques, Bosch avait accepté de vendre son activité de pompes à pistons radiaux, ces deux produits étant considérés comme substituables entre eux. Toutefois, l'enquête avait montré que la vente du secteur n'était pas suffisante pour rétablir une concurrence effective. L'acquéreur devait également être un concurrent puissant. A défaut, Bosch aurait été en mesure de reprendre progressivement les parts de marchés perdues lors de la cession. Les relations très fortes entre Bosch et ses clients dans le secteur de l'hydraulique industrielle auraient en effet été suffisantes pour persuader ceux-ci de passer des pompes à pistons radiaux aux pompes à pistons axiaux. C'est pourquoi la Commission a imposé que la concentration ne soit pas réa-

The selection criteria of the purchaser are known:

“ The purchaser is normally required to be a viable existing or potential competitor, independent of and unconnected to the parties, possessing the financial resources, proven expertise and the incentive to maintain and develop the divested business as an active competitive force with respect to the parties ”.

In some cases, the viability of the business and the efficacy of the divestiture may depend on the identity of the purchaser. In the case at hand, the existence of a potential purchaser meeting the necessary independence and viability requirements was at doubt. Therefore, the parties have agreed to postpone the completion of the transaction in question until receiving approval of the purchaser from the Minister. This technique, referred to as “ *upfront buyer* ”, requires the parties to find a purchaser before completing the transaction and is expressly foreseen by the Notice providing that the transaction will not be authorized unless the parties “ *undertake not to complete the notified operation before having entered into a binding agreement with a purchaser approved by the Commission (known as the “upfront buyer”) for the divested business* ”. This is, however, the first time that such practice is clearly established in France. Moreover, it is now mentioned in the Draft Guidelines relating to the analysis of mergers and control procedures.

On the contrary, the European Commission has already used it on several occasions. The first implementation occurred in the *Bosch/Rexroth* case. In this case, in order to avoid the creation of a dominant position on the market of hydraulic piston pumps, Bosch had accepted to divest its radial piston pumps business, as these two products were considered to be mutually substitutable. However, the investigation showed that the divestiture of the sector was not sufficient to restore effective competition. The purchaser would also have to be a powerful competitor. Barring that, Bosch could have progressively taken back the market shares lost during the divestiture. The very strong relationships between Bosch and its clients in the industrial hydraulic sector would have, indeed, been sufficient to convince the former to replace the radial piston pumps by axial piston pumps. This is why the Commission prohibited the divestiture as

long as an appropriate purchaser could not be found. This incited Bosch to promptly propose the name of Mogg, a powerful competitor in Europe.

Furthermore, the Commission took into account the *upfront buyer* technique in its recent Guidelines relating to divestiture commitments.

Nevertheless, in using the *upfront buyer* method, the European Commission – and *a fortiori* the Minister of the Economy in France – remain timorous. The crucial part played by the *upfront buyer* in ensuring the success of a divestiture should be, however, underlined. Indeed, it should be noted that if a divestiture represents the best remedy for the competition issues raised by a merger, some factors might compromise its success. In practice, studies have shown that it is not necessarily in the parties' interest to present a purchaser likely to challenge their market power. Moreover, an information asymmetry may exist between the buyer and the purchaser as the latter does not always know precisely what assets will be required to be competitive. The purchaser's identity is therefore material not only for the viability of the business after divestiture, but also to make sure that such purchaser will be an effective competitor restoring a sufficient degree of competition to the market. Accordingly, it may be surprising that the *upfront buyer* technique is not more systematically used following common practice in the United States, where it is used in 60 % of the cases where structural remedies are proposed.

The practice of commitments regarding merger control is developing on an unprecedented scale in France. The preventive nature of merger control issues, the complexity of competition issues raised by mergers and the influence of the Commission's decisional and administrative practice all explain the success and the growing sophistication of commitments. Therefore, the negotiation of such commitments between companies and competition authorities nowadays represents a real economical and political gamble.

The *Panzani* decision, which expressly refers to the Commission notice, illustrates such trends and shows new progress in the intensification of their control.

lisée tant qu'un acquéreur approprié n'aurait pas été trouvé, ce qui a incité Bosch à proposer rapidement le nom de Mogg, un concurrent puissant en Europe.

En outre, la Commission a pris en compte la technique d'*upfront buyer* dans son récent Guide de bonnes pratiques relatif aux engagements de cession¹⁹.

Toutefois, l'utilisation de l'*upfront buyer* par la Commission européenne – et *a fortiori* par le Ministre de l'Économie en France, reste timorée. Il convient pourtant de souligner le rôle crucial joué par l'*upfront buyer* pour assurer le succès d'une cession. Il faut en effet noter que si une cession représente la meilleure mesure corrective face aux problèmes de concurrence soulevés par une opération de concentration, certains facteurs peuvent compromettre son succès. Des études²⁰ ont notamment montré qu'en pratique, l'intérêt des parties n'est pas nécessairement de présenter un acquéreur susceptible de remettre en cause leur pouvoir de marché. De plus, une asymétrie d'information peut exister entre le vendeur et l'acheteur, ce dernier ne connaissant pas toujours précisément les actifs qui lui seront nécessaires pour être compétitif. L'identité de l'acquéreur est donc importante non seulement pour la viabilité de l'activité après sa cession, mais aussi pour s'assurer que ce repreneur sera un concurrent effectif qui permettra de restaurer un degré suffisant de concurrence sur le marché. Dès lors, on peut s'étonner de ne pas voir la technique d'*upfront buyer* utilisée plus systématiquement²¹, à l'instar de la pratique menée aux États-Unis où elle est utilisée dans 60 % des cas où des remèdes structurels sont proposés²².

La pratique des engagements en matière de contrôle de concentrations connaît un essor sans précédent en France. La nature préventive du contrôle des concentrations, la complexité des problèmes de concurrence soulevés par les opérations, et l'influence de la pratique décisionnelle et administrative de la Commission expliquent ce succès et la sophistication croissante des engagements. Aussi, la négociation des engagements entre les entreprises et les autorités de concurrence représente aujourd'hui un véritable enjeu économique et politique.

La décision *Panzani*, qui se réfère expressément à la Communication de la Commission, illustre cette tendance et marque une nouvelle avancée dans le renforcement de leur contrôle.

La récente publication par la Commission d'un Guide des bonnes pratiques relatives aux engagements de cession, incluant notamment des modèles d'engagements de cession, devrait faire bénéficier les autorités françaises et les entreprises de l'expérience acquise par la Commission.

The recent publication by the Commission of a Guideline relating to divestiture commitments, including, in particular, models of divestiture commitments, should cause the French authorities and the subsequent agreements to benefit from the experience already acquired by the Commission.

Notes

1. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 17 mai 2002, aux conseils de la société Panzani, relative à une concentration dans les secteurs de la semoulerie, des pâtes alimentaires sèches et fraîches, du couscous et des sauces ambiantes, *BOCCRF* du 20 mai 2003.
2. Communication sur les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, *JOCE* C 68/3 du 2 mars 2001, point 14.
3. Lignes directrices, pt. 434, p. 90.
4. *Ibid.*
5. *Ibid.*
6. Arrêté du 24 novembre 1999 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque «Orangina», *BOCCRF* n° 14 du 30 décembre 2000.
7. Décision n° M2621 du 8 janvier 2002, *SEB/Moulinex*. Voir également la décision n° M2337 du 27 juillet 2001, *Nestlé/Ralston Purina*. Dans cette affaire, l'engagement prévoyait une division de certaines marques sur le même territoire.
8. Voir notamment l'arrêt de la CJCE n° C-10/1989, *Hag II*, Rec. I-3711.
9. 7^e rapp. conc., n° 138.
10. Communiqué de presse IP 89/108 et 19^e rapp. conc., n° 59.
11. Communication de la Commission *Eleco-Mitek*, *JOCE* n° C 285 du 1^{er} novembre 1991, p. 8. Voir dans le même sens la décision de la Commission n° IV/29.246 du 23 décembre 1977, *Penneys*, *JOCE* n° L 60 du 2 mars 1978, p. 19 et l'affaire *Hershey/Herschi*, 20^e rapp. conc., n° 111.
12. Communication de la Commission, point 19.
13. *Ibid.*, point 49.
14. *Ibid.*, point 20 ; voir aussi le Projet de Lignes Directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle, point 437 (en ligne: <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/concurrence>).
15. Communication de la Commission, point 20.
16. point 437.
17. Décision de la Commission du 13 mars 2001, COMP/M.1915 – *The Post Office/TPG/SPPL* ; Décision de la Commission du 15 février 2002, COMP/M.2544 – *Masterfood/Royal Canin*.
18. Décision de la Commission du 13 décembre 2000, COMP/M. 2060 – *Bosch/Rexroth*.
19. Les points 15 et 16 de la note explicative renvoient à la section B des Modèles d'engagements de cession.
20. Voir Motta M., Polo M. et Vasconcelos H., « *Merger Remedies in the EU: An Overview* », Paper prepared for the Symposium « Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles », École des Mines, Paris, Janvier 2002 ; Voir aussi l'étude de la FTC (1999) citée dans Parker R., Balto D. (2000), « *The Evolving Approach to Merger Remedies* », *Antitrust Report*. (aussi en ligne: <http://www.ftc.gov/speeches/other/remedies.htm>).
21. En ce sens, voir Motta M., Polo M. et Vasconcelos H. (*supra*).
22. Parker R., Balto D. (2000), « *The Evolving Approach to Merger Remedies* », *Antitrust Report*. (aussi en ligne: <http://www.ftc.gov/speeches/other/remedies.htm>).