

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N° 440949

SOCIETE EXCELLENCE et autres

Ordonnance du 17 juin 2020

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 1^{er} juin 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les sociétés Excellence, Distri-Citronnelle, Distri-Savannah, Réunion Hard Discount Océan Indien, Monthyon-Distribution, Sodhynord, Distri-Possession, Caille Grande Distribution, Sodexpro, Discash, Orlydis, SECH, SECP, SES Saint-Benoît, SES Montagne, SES J et Cash OI demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) à titre principal, d'ordonner la suspension de l'exécution des décisions de l'Autorité de la concurrence n° 20-DCC-072 du 26 mai 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Vindémia Group par la société Groupe Bernard Hayot, n° 20-DCC-069 du 19 mai 2020 relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Aram Financial et Victor Bellier Participation de quatre magasins de commerce de détail à dominante alimentaire et n° 20-DCC-074 du 26 mai 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de deux fonds de commerce à dominante alimentaire par la société Ah-Tak ;

2°) à titre subsidiaire, d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision n° 20-DCC-072 en tant qu'elle précise les engagements au respect desquels est subordonnée l'autorisation donnée par l'Autorité de la concurrence à l'opération de concentration et la suspension de l'exécution des décisions n° 20-DCC-069 et n° 20-DCC-074 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Les sociétés requérantes soutiennent que :

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que, en premier lieu, la prise de contrôle de la société Vindémia par la société GBH peut intervenir à tout moment et sans qu'il soit besoin d'attendre la publication des décisions de l'Autorité de la concurrence, que, en deuxième lieu, le cabinet Bolonyocte Consulting a remis un rapport commandé par l'Observatoire des prix, des marges et des revenus (OPMR) de La Réunion d'où il ressort que l'opération de concentration envisagée par GBH présente un risque grave d'atteinte à la concurrence, en troisième lieu, les engagements pris par GBH pour remédier aux risques identifiés par l'Autorité ne sont pas de nature à éviter qu'il soit porté une atteinte grave et immédiate à la situation de la concurrence et à l'économie de la Réunion ;

- l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence sur les engagements pris par GBH, en ce qui concerne le marché de la distribution au détail de produits alimentaires, est erronée dès lors que, en premier lieu, les cessions envisagées sont, eu égard à leur périmètre soit insuffisantes soit inadéquates, en deuxième lieu, l'opération discutée risque de permettre la constitution d'une situation de monopole dans la zone de Saint-Pierre et de duopole dans le nord de l'île et, en dernier lieu, les repreneurs proposés, la société Make Distribution et la société Ah-Tak, ne sont pas aptes, eu égard à leurs compétences et à leurs capacités financières et commerciales, à assurer et animer une concurrence effective ;

- l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence sur les engagements pris par GBH, en ce qui concerne le marché de la distribution au détail de livres, est erronée dès lors que, en premier lieu, le magasin que GBH se propose de céder à la société Make Distribution est d'une grande vétusté et nécessitera d'importants travaux pour être remis à niveau et, en second lieu, la société proposée ne dispose d'aucune compétence dans ce secteur ;

- l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence sur les engagements pris par GBH, en ce qui concerne le marché de l'approvisionnement, est erronée dès lors que l'opération discutée risque d'aboutir au verrouillage du marché local de l'approvisionnement notamment sur la catégorie des yaourts et des produits laitiers, que les mesures comportementales proposées par GBH sont insuffisantes, eu égard à leur durée limitée à cinq ans ainsi qu'à l'importance de l'opération envisagée et, en tout état de cause sont moins efficaces que des mesures structurelles, que le premier engagement comportemental est dépourvu de force contraignante, que le deuxième engagement comportemental n'est assorti d'aucune indication quant à son contenu ou sa fiabilité et que le troisième engagement comportemental est sans précédent de sorte que rien ne permet de savoir si ce type d'engagement est efficace ;

- il existe un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées, car les décisions attaquées, méconnaissent l'article L. 430-5 du code de commerce dès lors qu'en premier lieu, GBH n'a pris aucun engagement au sujet du magasin Jumbo Score situé sur la commune de Saint-Benoît alors même que l'Autorité de la concurrence y a identifié un risque d'atteinte à la concurrence, qu'en deuxième lieu, la concurrence que vont exercer les magasins cédés à la société Make Distribution ne sera pas de nature à éviter la constitution d'une position dominante, qu'en troisième lieu, GBH n'a pris aucun engagement pour la zone de Saint-Pierre alors qu'il exploite déjà un carrefour dans cette zone et que son acquisition du Jumbo Score de Saint-Pierre lui confèrera 100 % des parts de marché en surface sur la zone de Saint-Pierre et 90,2 % au nord de l'île et qu'en dernier lieu, aucune des cessions de supermarchés proposées par GBH n'est en lien avec les zones identifiées par l'Autorité de la concurrence comme présentant un risque concurrentiel.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 juin 2020, l'Autorité de la concurrence conclut au rejet de la requête. Elle soutient que la condition d'urgence n'est pas

satisfaite et qu'aucun des moyens soulevés n'est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 juin 2020, la société Groupe Bernard Hayot conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des sociétés requérantes la somme de 20 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la condition d'urgence n'est pas satisfaite et qu'aucun des moyens soulevés n'est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 juin 2020, la société Make Distribution conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des sociétés requérantes la somme de 6 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la condition d'urgence n'est pas satisfaite et qu'aucun des moyens soulevés n'est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 juin 2020, la société Ah-Tak conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des sociétés requérantes la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la condition d'urgence n'est pas satisfaite et qu'aucun des moyens soulevés n'est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 juin 2020, les sociétés Casino Guichard-Perrachon et Vindémia Group concluent au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des sociétés requérantes la somme de 6 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elles soutiennent que la condition d'urgence n'est pas satisfaite et qu'aucun des moyens soulevés n'est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées.

La requête a été communiquée au ministre de l'économie et des finances qui n'a pas produit d'observations.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, la société Excellence et les autres sociétés requérantes, d'autre part, l'Autorité de la concurrence, la société Casino Guichard-Perrachon, la société Vindémia Group, la société groupe Bernard Hayot, la société Make Distribution, la société Ah-Tak et le ministre de l'économie et des finances ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 12 juin 2020 à 9h30 :

- Me Stoclet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société Excellence et des autres sociétés requérantes ;
 - les représentants des sociétés requérantes ;
 - les représentants de l'Autorité de la concurrence ;
 - Me Piwnica, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du Groupe Casino et de la société Vindémia ;
 - les représentants du groupe Casino et de la société Vindémia ;
 - Me Molinié, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société Make Distribution ;
 - la représentante de la société Make Distribution ;
 - Me Texidor, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du Groupe Bernard Hayot et de la société Ah-Tak ;
 - les représentants du Groupe Bernard Hayot et de la société Ah-Tak ;
- et à l'issue de laquelle l'instruction a été close.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

2. Le 24 janvier 2020, la société GBH a adressé à l'Autorité de la concurrence un dossier de notification relatif à la prise de contrôle exclusif de la société Vindémia qui intervient notamment dans le secteur de la distribution alimentaire sur l'île de La Réunion. Par une décision n° 20-DCC-072 du 26 mai 2020, l'Autorité de la concurrence a autorisé cette opération de concentration, sous réserve de la mise en œuvre de divers engagements structurels et comportementaux. Par deux décisions n° 20-DCC-069 et n° 20-DCC-074 des 19 et 26 mai 2020, l'Autorité de la concurrence a, dans le cadre de la même opération, autorisé d'une part, la prise de contrôle conjoint par les sociétés Aram Financial et Victor Bellier Participation de quatre magasins de commerce de détail à dominante alimentaire et, d'autre part, la prise de contrôle exclusif de deux fonds de commerce à dominante alimentaire par la société Ah-Tak. Les sociétés Excellence et autres demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'ordonner la suspension de l'exécution de ces trois décisions de l'Autorité de la concurrence. Elles sollicitent, à titre subsidiaire, que soit ordonnée la suspension de l'exécution de la décision n° 20-DCC-072 en tant qu'elle précise les engagements

au respect desquels est subordonnée l'opération de concentration, ainsi que la suspension des décisions n° 20-DCC-069 et n° 20-DCC-074.

3. L'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. L'urgence doit, enfin, être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, à la date à laquelle le juge des référés statue.

4. Pour justifier de l'urgence à prononcer la suspension demandée, les sociétés requérantes font valoir que la prise de contrôle de la société Vindémia par la société GBH, susceptible selon elles d'intervenir à tout moment, porte une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence effective dans l'île de La Réunion, sur le marché de la distribution au détail à dominante alimentaire, sur le marché de la distribution des livres et sur le marché de l'approvisionnement. Elles font valoir en outre que les engagements pris par GBH ne sont pas de nature à remédier aux risques initialement identifiés par l'Autorité de la concurrence.

5. Il résulte de l'instruction qu'à la suite de l'annonce, le 22 juillet 2019, par la société GBH, qu'elle avait conclu un accord en vue de l'acquisition de la société Vindémia, l'Autorité de la concurrence a, sans attendre la notification de cette opération, décidé de déployer sur place une équipe d'instruction, eu égard à l'importance de l'opération envisagée et aux spécificités économiques et géographiques de l'île de La Réunion. Cette équipe, dirigée par le chef du service des concentrations de l'Autorité de la concurrence, s'est déplacée en novembre 2019 et a procédé à l'audition de l'ensemble des parties prenantes, notamment des enseignes concurrentes, des fournisseurs, des banques, des associations de consommateurs, de l'Observatoire des prix, des marges et des revenus, des services de la préfecture, des services régionaux ou des parlementaires. Ces auditions ont été enrichies de tests de marchés ainsi que d'analyses ou de rapports remis par les acteurs intéressés. Au terme de ces premières investigations, l'Autorité de la concurrence a identifié, ainsi que le font valoir les sociétés requérantes, des risques d'atteinte à la concurrence sur les marchés de la distribution au détail et sur le marché de l'approvisionnement. Pour remédier à ces risques concurrentiels et obtenir les autorisations nécessaires à l'opération de concentration, la société GBH, qui a formellement notifié son intention le 24 janvier 2020, a soumis à l'appréciation de l'Autorité de la concurrence une série d'engagements préalables qui se sont traduits par les décisions n° 20-DCC-069 et n° 20-DCC-074 des 19 et 26 mai 2020 analysées au point 2 ci-dessus.

6. En premier lieu, s'agissant du maintien de la concurrence sur le marché de la distribution au détail de produits alimentaires, la société GBH a pris l'engagement de céder quatre hypermarchés Jumbo Score à la société Make Distribution et deux supermarchés Score à la société Ah-Tak, de sorte que sa part de marché en surface de vente sera, postérieurement à l'opération contestée, inférieure à celle dont disposait la société Vindémia avant cette opération, tandis que sa part de marché en chiffres d'affaires ne dépassera pas 35 % sur l'île de La Réunion. Si les sociétés requérantes font valoir que ces cessions ne permettent pas de remédier au risque concurrentiel, notamment dans les zones de Saint-Pierre, Saint-Paul et Saint-Benoît, il résulte de l'instruction, et notamment des explications fournies lors de l'audience publique par l'Autorité de la concurrence, qui a procédé à une analyse des zones de chalandise et des zones de provenance des consommateurs dites « empreintes réelles », que la cession des Jumbo Score de Sainte-Marie, de Saint-Denis et de Saint-André est de nature à remédier dans une large mesure aux risques invoqués.

De même, l'allégation selon laquelle il existerait des risques de constitution d'un monopole dans la zone de Saint-Pierre ou d'un duopole dans les zones de Saint-Paul - Le Port et de Saint-Benoît ne paraît pas, en l'état de l'instruction, de nature à caractériser une atteinte grave et immédiate au maintien de la concurrence dans ces zones dès lors que, d'une part, il ressort d'une décision n° 20-DCC-40 du 23 mars 2020 de l'Autorité de la concurrence que la zone de Saint-Pierre compte plusieurs enseignes concurrentes et que, d'autre part, l'opération autorisée, compte tenu des cessions auxquelles la société GBH s'est engagée, n'est pas de nature à affecter significativement la situation de la concurrence dans les zones de Saint-Paul et de Saint-Benoît. Enfin, les allégations de la requête selon lesquelles les repreneurs proposés par la société GBH ne disposeraient ni des compétences adéquates, ni de la capacité financière requise, ont été démenties par l'instruction, et notamment par les débats lors de l'audience publique.

7. En deuxième lieu, s'agissant du maintien de la concurrence sur le marché de la distribution au détail du livre, les sociétés requérantes soutiennent que le magasin Agora - Espace Garden, que la société GBH se propose de céder à la société Make Distribution, serait d'une grande vétusté et que la société Make Distribution ne disposerait d'aucune compétence pour développer une activité sur le marché culturel. Toutefois, par ces seules allégations, elles n'établissent pas l'existence d'une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence satisfaisante sur le marché de la distribution au détail du livre dans l'île de La Réunion.

8. En troisième lieu, s'agissant du maintien de la concurrence sur le marché de l'approvisionnement, les sociétés requérantes font valoir, d'une part, qu'il existe un risque de verrouillage du marché local en ce qui concerne la production et la commercialisation de produits laitiers, d'autre part que les fournisseurs locaux risquent de se trouver dans la dépendance du groupe GBH. Toutefois, il résulte de l'instruction, d'une part, que si la société GBH intervient dans le secteur de la production des produits laitiers par l'intermédiaire de la société Sorelait, elle s'approvisionne néanmoins, majoritairement, auprès d'un autre producteur et qu'il n'existe aucun risque sérieux que la société Sorelait cesse d'approvisionner les autres distributeurs. D'autre part, si les sociétés requérantes contestent la nature et la durée des engagements comportementaux souscrits par la société GBH, l'insuffisance alléguée ne saurait en elle-même caractériser une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence satisfaisante sur le marché de l'approvisionnement dès lors que ces engagements ont pour objet de garantir aux fournisseurs locaux un accès suffisant au marché de La Réunion ainsi qu'une prévisibilité à moyen terme des niveaux de commande, que le suivi de ces engagements sera assuré par un mandataire indépendant et que la souscription de ces engagements pour une durée de cinq ans renouvelables correspond à la pratique mentionnée dans les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence.

9. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées, que la condition d'urgence ne peut être regardée comme remplie. Il y a lieu, par suite, de rejeter la requête ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions qu'elle présente au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge des sociétés requérantes la somme de 3 000 euros à verser à la société GBH, la somme globale de 2 000 euros à verser aux sociétés Casino Guichard-Perrachon et Vindémia Group, la somme de 2 000 euros à verser à la société Make Distribution et la somme de 1 000 euros à verser à la société Ah-Tak au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La requête de la société Excellence et autres est rejetée.

Article 2 : Les sociétés Excellence et autres verseront une somme de 3 000 euros à la société GBH, une somme globale de 2 000 euros aux sociétés Casino Guichard-Perrachon et Vindémia Group, une somme de 2 000 euros à la société Make Distribution et une somme de 1 000 euros à la société Ah-Tak au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Excellence, premier requérant dénommé, à l'Autorité de la concurrence, aux sociétés Casino Guichard-Perrachon et Vindémia Group, à la société Groupe Bernard Hayot, à la société Make Distribution et à la société Ah-Tak. Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances.

Fait à Paris, le 17 juin 2020

Signé : Guillaume Goulard

La République mande et ordonne au ministre de l'économie et des finances en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire,

Agnès Micalowa