

CONSEIL D'ETAT
Statuant au contentieux

Ordonnance du juge des référés du 19 mai 2005
N° 279697

Société FIDUCIAL INFORMATIQUE
Société FIDUCIAL EXPERTISE

Texte intégral

Vu la requête, enregistrée le 18 avril 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE tendant à ce que le juge des référés du Conseil d'Etat :

1°) suspende, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la décision du 19 octobre 2004 par laquelle le ministre de l'économie et des finances a autorisé une concentration dans le secteur des logiciels de gestion à destination des petites et moyennes entreprises (PME) et des experts comptables ;

2°) mette à la charge de l'Etat les frais irrépétibles en vertu de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elles soutiennent d'une part, que différents moyens sont de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée ; que la décision est entachée de dénaturation et d'inexactitude matérielle des faits en ce qui concerne l'évaluation de la part de marché cumulée du nouvel ensemble que constituerait Cegid et CCMX à l'issue de l'opération sur le marché pertinent de la conception, de l'édition et de la commercialisation de logiciels de gestion et de services associés à destination de la profession comptable libérale (PCL) ; qu'en effet, la décision mentionne une part de marché " supérieure à -45-55% " ce qui ne permet pas d'évaluer celle-ci et, en tout état de cause, la minimise considérablement ; qu'aucun élément de la décision ne permet même d'évaluer cette part alors qu'elle est un des critères fondamentaux de l'analyse concurrentielle ; que la décision attaquée est également entachée de contradiction de motifs, d'erreur manifeste d'appréciation et d'erreur de droit au regard des articles L. 430-5 et L. 430-6 du code de commerce ; qu'en effet, le ministre n'a pas tiré les conclusions qui s'imposaient de l'appréciation des éléments de fait relatifs à la structure et au fonctionnement du marché national concerné et consistant en l'existence de nombreuses barrières à l'entrée alors qu'il a finalement constaté dans sa décision " la faiblesse des barrières à l'entrée " ; que l'existence d'une concurrence potentielle suffisante aux fins d'exercer une contrainte concurrentielle sur le marché n'a pas été caractérisée ; que d'autre part, s'agissant de l'urgence, la concentration va entraîner de très graves préjudices à l'intérêt public économique constitué par le libre jeu de la concurrence et porter également atteinte à ses intérêts ; qu'une position quasi-monopolistique sur le marché de la PCL donnera au nouvel ensemble la possibilité de renforcer très significativement son pouvoir sur le marché de la très petite entreprise et de la PME en ce qui concerne le marché connexe des logiciels de gestion généralistes ; que la mise en oeuvre de la décision attaquée est actuellement en cours ;

Vu la décision dont la suspension est demandée ;

Vu la copie de la requête à fin d'annulation présentée par les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE à l'encontre de cette décision ;

Vu le mémoire en défense enregistré comme ci-dessus le 4 mai 2005, présenté par le ministre de l'économie et des finances et tendant au rejet de la requête et à ce que les frais irrépétibles soient mis à la charge des sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; il fait valoir, en premier lieu, que la requête est irrecevable ; que l'autorisation donnée à la société Cegid d'acquiescer la société CCMX a été entièrement exécutée ; que d'ailleurs, le législateur a exclu la possibilité de suspendre une opération de concentration une fois l'autorisation du ministre donnée ; que, d'autre part, les requérantes ne démontrent pas en quoi la décision attaquée leur fait grief ; qu'elles ne peuvent être

ni clientes, ni concurrentes de la nouvelle entité ; qu'en second lieu et à titre subsidiaire, les conditions d'application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ne sont pas réunies ; que s'agissant de l'urgence, il convient de relever que la demande en annulation et la requête en référé sont intervenues très tardivement ; que s'agissant des moyens invoqués, ceux-ci ne sont pas de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision ; que celle-ci qui a été prise sur le fondement de l'article L. 430-5 du code de commerce et non de l'article L. 430-7 du même code, n'avait pas à être motivée ; que c'est en raison des intérêts légitimes des parties en cause, que la décision indique des parts de marché sous forme de fourchette indicative ; que l'évaluation d'une part de marché de 90% repose sur une erreur et sur l'omission du fait qu'un seul et même expert comptable libéral peut être client de plusieurs éditeurs ; que sur le grief de contradiction de motifs, les requérantes confondent les critères qualitatifs sur la base desquels le ministre a délimité le marché de manière étroite et les critères constitutifs de barrières à l'entrée dirimantes ; que le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni d'erreur de droit en accordant l'autorisation contestée ; qu'enfin, une suspension de la décision serait contraire à l'intérêt général ;

Vu le mémoire en défense, enregistré comme ci-dessus le 6 mai 2005, présenté pour la société Cegid dont le siège social est 123-125 avenue Barthélémy Buyer à Lyon cedex 05 (69322), qui tend au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 10 000 euros soit mise à la charge des sociétés FIDUCIAL EXPERTISE et FIDUCIAL INFORMATIQUE au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle fait valoir à titre principal et s'agissant de la recevabilité de la requête, que la décision ministérielle autorisant la concentration a été entièrement exécutée depuis l'approbation de l'opération par l'assemblée générale des actionnaires de Cegid réunie le 16 novembre 2004 ; que depuis lors, la mise en oeuvre opérationnelle du rapprochement a été finalisée ; qu'à titre subsidiaire, les requérantes n'établissent pas que l'opération autorisée serait de nature à préjudicier gravement à leurs intérêts alors que FIDUCIAL EXPERTISE utilise les produits de FIDUCIAL INFORMATIQUE et que FIDUCIAL INFORMATIQUE réalise plus de 95% de son activité de vente de progiciels exclusivement avec le groupe FIDUCIAL ; que sur l'atteinte à l'intérêt public, l'atteinte au libre jeu de la concurrence n'est pas établie ; que le nouveau groupe ne se trouve pas en situation monopolistique ; que l'existence d'effets susceptibles d'affecter durablement la structure du marché n'a pas été démontrée ; que le retard des requérantes à saisir le juge des référés témoigne de l'absence d'urgence ; qu'une suspension aurait des effets extrêmement graves pour le nouveau groupe alors qu'il n'y a aucun impact pour l'activité des sociétés requérantes ; que s'agissant des moyens propres à créer un doute sérieux, l'argumentation développée concernant les parts de marché repose sur une confusion grossière ; que dans le secteur en cause, le nombre de clients n'est pas représentatif de la part de marché ; qu'il y a lieu de combiner des évaluations de ces parts en valeur et en volume ; qu'il n'y a pas de barrières à l'entrée sur ce marché ni sur le plan technologique ni sur le plan normatif ; que le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation quant aux effets prévisibles de l'opération sur la concurrence ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré comme ci-dessus le 10 mai 2005, présenté pour les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE qui persistent dans leurs précédentes conclusions et demandent, en outre, que le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la société Cegid versent à chacune d'elle une somme de 5 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ; elles font valoir que leur requête est recevable car les effets de la décision du ministre ne sont pas achevés ; qu'elles ont un intérêt à agir comme le démontre le fait qu'elles ont été spontanément questionnées par le ministre lors de la réalisation du test de marché, l'une en qualité de concurrente des parties à la concentration, l'autre comme client potentiel ; que la société FIDUCIAL INFORMATIQUE est citée dans la décision comme opérant sur le marché ; qu'il y a urgence à suspendre les effets de la décision attaquée ; que la décision n'a été publiée au BOCCRF que le 26 avril 2005 ; qu'en tout état de cause, l'intérêt public du maintien du libre jeu de la concurrence justifie la mesure sollicitée en urgence ; que l'inexactitude et la dénaturation matérielle des faits s'agissant des positions des opérateurs sur le marché sont établies ; qu'il en est de même des griefs de contradiction de motifs, d'erreur manifeste d'appréciation et d'erreur de droit qu'aucun des arguments invoqués en défense ne vient contredire ; qu'enfin, la suspension sollicitée ne porte pas atteinte à l'intérêt général ;

Vu les observations complémentaires, enregistrées le 12 mai 2005, présentées pour la société Cegid qui persiste dans ses conclusions tendant au rejet de la requête ;

Vu, enregistré le 12 mai 2005, le document produit par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en complément de son précédent mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de commerce, et plus précisément le titre III du livre IV relatif à la liberté des prix et à la concurrence ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE, d'autre part, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la société Cegid ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du vendredi 13 mai 2005 à 11 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Piwnica, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat des sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE ;
- Me Thiriez, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société Cegid ;
- le représentant de la société Cegid ;
- les représentants du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

Considérant que les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE ont saisi le juge des référés du Conseil d'Etat d'une demande tendant à la suspension, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de la décision du 19 octobre 2004 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a autorisé une concentration dans le secteur des logiciels de gestion à destination des petites et moyennes entreprises comptables ;

Considérant qu'aux termes 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 " ;

Sur les fins de non recevoir opposées par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la société Cegid :

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la société Cegid font valoir que la requête à fin de suspension de la décision du 19 octobre 2004 n'est pas recevable dès lors que l'autorisation donnée par le ministre à la société Cegid d'acquiescer le contrôle de la société CCMX a été entièrement exécutée ; que, toutefois, si cette opération a été autorisée par le ministre d'une part, et approuvée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de Cegid réunie le 16 novembre 2004, d'autre part, il résulte de l'instruction que, selon les dires mêmes de la société Cegid, la mise en oeuvre de ce rapprochement qui a été engagée dès le mois de novembre 2004, est encore en cours de réalisation ; qu'ainsi, l'autorisation dont la suspension est demandée, n'a pas épuisé tous ses effets ; que, contrairement à ce que soutient le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, la circonstance que les nouvelles dispositions introduites par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques et reprises à l'article L. 430-4 du code de commerce prévoient que " la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord du ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, du ministre chargé du secteur économique concerné ", n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à la mise en oeuvre des dispositions précitées de l'article L. 521-1 du code de justice administrative qui permettent au juge des référés, lorsque certaines conditions sont réunies, de suspendre l'exécution d'une décision administrative ;

Considérant, en second lieu, que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la société Cegid font valoir que les sociétés requérantes n'ont pas intérêt à obtenir l'annulation de l'autorisation contestée qui ne leur fait pas grief ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que la société FIDUCIAL INFORMATIQUE a fait partie des sociétés auxquelles la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a spontanément adressé, au cours du test de marché, un " questionnaire-concurrents " et que la décision contestée mentionne cette société au nombre des opérateurs présents sur le marché pertinent qu'elle retient ; que, dans ces conditions, et en l'état de l'instruction, les sociétés requérantes, et, en tous cas, la société FIDUCIAL INFORMATIQUE, peuvent être regardées comme ayant intérêt à contester la décision du ministre de l'économie en date du 19 octobre 2004 ;

Sur la condition d'urgence :

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la société Cegid font valoir en premier lieu, que la condition tenant à l'urgence ne peut être regardée comme satisfaite dès lors que la requête en annulation et la demande de référé suspension sont intervenues six à sept mois après que la décision du ministre ait fait l'objet d'une publicité ; que, toutefois, si le sens de la décision prise par le ministre, a été rendue publique dès le 20 octobre 2004 sur le site internet du ministère, l'intégralité de la décision n'a été mise en ligne sur ce site que le 5 février 2005 et la décision elle-même n'a été publiée au Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des fraudes que le 26 avril 2005, soit six mois plus tard, postérieurement à la requête en annulation et à la demande de référé, alors qu'ainsi que le rappelle systématiquement le ministre dans ses décisions, seul le texte publié fait foi et que le délai de recours ouvert aux tiers ne commence à courir qu'à compter de cette publication ; que, dans ces conditions, il ne peut être reproché aux sociétés requérantes d'avoir saisi tardivement le juge des référés du Conseil d'Etat ;

Considérant en second lieu, que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension, doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; que les sociétés requérantes soutiennent que compte tenu de la structure de marché à laquelle conduit l'opération, qui réunissant les deux premiers acteurs, aboutit à ce que le nouvel opérateur occupe une part de marché supérieure, selon la décision même du ministre, à 55 %, à ce que l'opérateur suivant, la société Sage, détienne une part de marché comprise entre 15 et 25 %, et à ce qu'aucun autre acteur présent sur le marché ne détienne une part supérieure à 5 ou 7 %, leur intérêt d'opérateurs modestes sur ce marché se confond avec celui du bon fonctionnement de celui-ci et du libre jeu de la concurrence ; qu'en l'espèce, eu égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles, la condition d'urgence doit être tenue pour réalisée tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une situation de concurrence effective sur un marché, objectif protégé par une législation d'ordre public, qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur ce même marché en tant que concurrent ou client potentiel ;

Sur l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision :

Considérant que si les dispositions du IV de l'article L. 430-5 du code de commerce prévoient qu'une opération de concentration peut faire l'objet d'une autorisation tacite, cette circonstance ne saurait faire obstacle à ce que le juge exerce un contrôle sur les motifs de la décision prise dans le délai prévu par la loi lorsque celle-ci, comme en l'espèce, a été expressément motivée ;

Considérant que pour accorder l'autorisation contestée, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a défini le marché concerné par l'opération de concentration comme étant le marché national de la conception, de l'édition et de la commercialisation de logiciels de gestion et de services associés à destination de la profession comptable libérale (P.C.L) ; qu'à ce stade de l'instruction, cette définition du marché pertinent n'est pas contestée par les parties ; qu'il a ensuite constaté que la part de marché cumulée des parties à l'opération est " supérieure à (45 % - 55 %) ", ce dont il peut se déduire, ainsi que cela a été confirmé au cours de l'audience, qu'elle est, en tout état de cause, supérieure à 55 %, que ce rapprochement concerne les deux premiers opérateurs du marché, dont les produits présentent des caractéristiques très proches, que le

concurrent le plus direct de la nouvelle entité, sera la Société Sage, opérateur international important, avec une part de marché de (15 % - 25 %) et qu'aucun des autres opérateurs n'atteint plus de 5 à 7 % de parts de marché, ces derniers opérateurs, présentant, selon le ministre " une certaine faiblesse de leurs parts de marché sur les services associés " ; que, dans sa décision, le ministre en conclut que " la nouvelle entité disposera ainsi d'une taille trois fois supérieure à son plus proche concurrent, le reste de l'offre étant éclaté entre de petits éditeurs " ; que s'agissant du fonctionnement de ce marché, le ministre relève qu'il se caractérise par une certaine inertie compte tenu d'une demande de renouvellement par les experts comptables de leurs équipements tous les cinq ans environ et du " caractère dissuasif " que représente pour ces professionnels un changement de prestataire qui implique une opération de migration des données et une nouvelle formation ; que le ministre note également que le choix d'un prestataire par les experts comptables dépend de l'étendue de la gamme des logiciels et des services proposés et surtout de la capacité de l'éditeur à développer directement un réseau d'agents commerciaux susceptibles de présenter leur offre aux experts comptables, car le développement du chiffre d'affaires des éditeurs de progiciels est lié aux services de mise en place et de maintenance ; que le ministre en conclut que " ces facteurs conduisent à penser que le développement de concurrents crédibles à la nouvelle entité sera un processus relativement lent, ce dont témoigne, d'ailleurs l'évolution récente des positions des opérateurs " ; que toutefois, le ministre estime qu'il y a lieu de nuancer cette appréciation en se fondant en premier lieu, sur la circonstance que lors du rachat de Servant Soft, la société Cegid a perdu une bonne partie de la clientèle de cet éditeur, qui s'est reportée sur CCMX, compte tenu de la proximité des produits, alors que, précisément, l'opération de concentration ne permettra plus un tel report ; qu'il considère en deuxième lieu, que " l'absence de différence technologique fondamentale entre un progiciel de gestion pour la PCL et un progiciel généraliste n'interdit pas l'entrée d'un opérateur actuellement totalement absent de ce marché ", alors qu'il avait relevé dans un premier temps de sa décision " qu'aucun opérateur n'a pu se développer auprès du segment de la PCL en offrant un progiciel généraliste... qu'il ressort très largement des réponses d'opérateurs au test de marché que les progiciels de gestion pour la PCL, y compris les logiciels de comptabilité et de paie, requièrent un ensemble spécifique de fonctionnalités et que les adaptations nécessaires pour décliner un progiciel généraliste en un produit pour la PCL sont majeures, coûteuses, voire requièrent un partenariat avec des cabinets d'experts-comptables " et que, " dès lors, si une telle adaptation est techniquement possible, elle ne saurait être immédiate " ; que si le ministre fait valoir que ces derniers éléments ont été utilisés par lui pour procéder à la délimitation du marché pertinent et non pour décrire les " barrières à l'entrée ", il n'en reste pas moins qu'ils constituent des constatations objectives retenues par le ministre dans sa décision et qui peuvent être pris en compte aussi bien pour la délimitation du marché que pour la description de son fonctionnement ; qu'enfin, le ministre après avoir relevé, sans plus de précision, la possibilité d'un intérêt stratégique pour un opérateur à acquérir une position reconnue sur le marché de la PCL pour se développer sur celui des petites et moyennes entreprises, conclut à la faiblesse " des barrières à l'entrée " ; qu'en conséquence, le moyen tiré de ce qu'en procédant ainsi, sans avoir davantage caractérisé ni dans sa décision ni dans ses observations produites devant le juge des référés, cette faiblesse au regard du caractère probable, suffisamment rapide et durable, et suffisant de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération en cause, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a entaché, dans les termes où elle est rédigée, sa décision de contradiction de motifs et commis une erreur de droit au regard des dispositions de l'article L. 430-5 du code de commerce, est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée ; qu'il y a lieu, par suite, en application des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de prononcer la suspension de son exécution ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, en l'espèce, de faire droit à la demande des sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE et de mettre à la charge du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie la somme de 2 500 euros pour chacune d'elles au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; que ces dispositions font obstacle à ce que les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE, qui ne sont pas dans la présente instance la partie perdante, versent à la société Cegid la somme qu'elle demande au titre des frais

exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant que les conclusions du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie tendant à ce que les sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE lui versent une somme en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne sont pas chiffrées ; qu'elles ne sont, dès lors, pas recevables ;

ORDONNE :

Article 1er : La décision d'autorisation donnée le 19 octobre 2004 par le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à la société Cegid de prendre le contrôle de la société CCMX Holding est suspendue.

Article 2 : L'Etat versera à chacune des sociétés FIDUCIAL INFORMATIQUE et FIDUCIAL EXPERTISE une somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la société Cegid et celles du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société FIDUCIAL INFORMATIQUE, à la société FIDUCIAL EXPERTISE, à la société Cegid et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.