



## Communiqué de procédure n° 2024-01

relatif à la procédure de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie

Le 20 juin 2024

1. Le présent communiqué a pour objectif de préciser les conditions dans lesquelles l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») peut être amenée à appliquer la procédure de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail prévue aux articles Lp. 431-4 et Lp. 432-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.
2. Afin de garantir les droits des entreprises et l'efficacité des règles de concurrence, ce communiqué s'appuie sur la pratique des autorités de concurrence européenne, métropolitaine et calédonienne.

### I. Le cadre juridique

3. La procédure de contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail a un effet suspensif, ce qui signifie que ces opérations ne peuvent être réalisées qu'après la décision de l'Autorité autorisant l'opération. Cependant, les articles Lp. 431-4 et Lp. 432-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « code de commerce ») prévoient la possibilité de déroger à cet effet suspensif à titre exceptionnel, pour des **motifs d'urgence**.

4. L'article Lp. 431-4 du code de commerce dispose ainsi :

*« La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après autorisation de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (...).*

*En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties ayant procédé à la notification peuvent demander à l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci. Le cas échéant l'autorité de la concurrence accorde cette dérogation par une décision motivée. L'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions.*

*La dérogation mentionnée au deuxième alinéa cesse d'être valable si, dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'a pas reçu la notification complète de l'opération. » (soulignements ajoutés).*

5. L'article Lp. 432-2 du code de commerce dispose quant à lui :

*« I. - Toute opération visée à l'article Lp. 432-1 est notifiée à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie avant sa mise en exploitation effective. (...)*

*VI. - En cas de nécessité particulière dûment motivée, l'exploitant ayant procédé à la notification peut demander une dérogation lui permettant d'exploiter le magasin de commerce*

de détail, sans attendre la décision mentionnée à l'article Lp. 432-3 et sans préjudice de celle-ci. Le cas échéant, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie accorde cette dérogation par une décision motivée. » (soulignements ajoutés).

6. Les article Lp. 431-4 et Lp. 432-2 prévoient ainsi une possibilité de déroger à l'effet suspensif du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail dans des situations exceptionnelles pour lesquelles la suspension de la réalisation de l'opération aurait des effets néfastes sur l'entreprise concernée. La dérogation sollicitée pourra permettre de **réaliser tout ou partie de l'opération de concentration sans attendre la décision définitive de l'Autorité**.
7. La demande de dérogation revêtant un caractère exceptionnel, elle n'a, en tout état de cause, pas lieu d'être présentée lorsque les délais prévisibles d'examen de la demande d'autorisation sont compatibles avec les exigences propres au calendrier de l'opération notifiée.

## **II. La mise en œuvre de la procédure**

---

### **1. Les conditions de forme et délais de la demande**

8. Il appartient à la partie notifiante souhaitant bénéficier d'une dérogation exceptionnelle au régime de droit commun, de **formuler une demande écrite à l'Autorité**.
9. Cette demande, **distincte du dossier de notification**, doit comporter au minimum :
  - les raisons de la demande de dérogation ;
  - le contexte de l'opération ;
  - les procédures en cours et leur calendrier ;
  - le caractère viable ou non de l'entreprise concernée ; et
  - la justification de l'urgence nécessitant l'octroi de la dérogation.
10. Au cours de l'instruction de la demande de dérogation, les agents de l'Autorité peuvent échanger avec la partie notifiante et lui demander tous documents qu'elle juge nécessaire.
11. Les article Lp. 431-4 et Lp. 432-2 du code de commerce ne prévoient pas de délai pour le dépôt d'une telle demande de dérogation. Il est nécessaire que les entreprises souhaitant bénéficier de cette dérogation prennent contact avec l'Autorité dès qu'elles ont connaissance de l'urgence pouvant justifier cette demande.
12. L'Autorité de la concurrence métropolitaine précise ainsi dans ses lignes directrices relatives aux opérations de concentration, que la demande de dérogation doit être présentée, au plus tard, cinq jours ouvrés avant le jugement du tribunal de commerce en cas d'offre présentée en vue d'une reprise<sup>1</sup>.
13. L'Autorité peut accorder des dérogations dans des délais relativement brefs : ils varient généralement entre 5 et 10 jours ouvrés en fonction de l'urgence et la connaissance du secteur.
14. La demande de dérogation peut intervenir **concomitamment ou ultérieurement au dépôt du dossier de notification**. L'Autorité ne donne pas suite aux demandes accompagnées d'un simple projet de notification, voire d'une note explicative.
15. Il n'est cependant pas nécessaire que les demandes de dérogation s'accompagnent d'une notification « complète ». La (ou les) partie(s) notifiante(s) doi(ven)t soumettre un dossier aussi complet que possible qui inclut, *a minima* :
  - une présentation des parties et de l'opération ;

---

<sup>1</sup> Voir les [Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations de 2020](#), point 149.

- la justification de la demande de dérogation ;
  - une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération ; et
  - le cas échéant, le mandat des conseils.
16. L'analyse concurrentielle préliminaire doit présenter la définition des marchés concernés ainsi que les parts de marché des parties et de leurs principaux concurrents.
17. Dans le cas de la reprise d'entreprises en difficulté, un acquéreur potentiel peut être amené à envisager le dépôt d'une offre sur tout ou partie d'une activité, sans avoir accès à de nombreuses informations, notamment sans pouvoir s'assurer de la valeur de chiffre d'affaires associée à la cible envisagée. Dans la mesure où le repreneur potentiel n'est pas en mesure d'exclure que l'opération envisagée soit soumise à l'obligation de notification, une notification pourra alors être déposée même si elle n'inclut pas le chiffre d'affaires de la cible. Cette notification pourra le cas échéant, être retirée. Dans une telle circonstance, la partie notifiante devra néanmoins communiquer certaines données permettant d'obtenir une première estimation du chiffre d'affaires de la cible.
18. Il convient de préciser que dans le cas de procédures devant le tribunal mixte de commerce, le jugement du tribunal doit impérativement être transmis à l'Autorité dès sa réception par l'entreprise notifiante, afin que le dossier puisse être déclaré complet.

## 2. Les conditions de fond des demandes de dérogation

19. Il appartient à la partie notifiante qui souhaite obtenir une dérogation à l'effet suspensif du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail de préciser les raisons de sa demande **en la justifiant par l'existence d'une nécessité particulière dûment motivée.**
20. En pratique, **la dérogation est octroyée lorsque l'une des entreprises concernées est engagée dans une procédure collective ou s'il peut être établi qu'il existe un risque de disparition imminente de l'entreprise cible.**
21. Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaines évoquent ainsi « *les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire (...), le risque de disparition imminente de l'entreprise cible, l'ouverture d'une procédure collective, la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible* »<sup>2</sup>.
22. Dans tous les cas, les demandes de dérogation doivent être étayées. Les entreprises qui sollicitent une dérogation doivent justifier non seulement des procédures collectives éventuellement en cours, mais également de la réalité des difficultés qu'elles rencontrent. Ces dernières peuvent être démontrées par tous moyens, généralement par les rapports de commissaires aux comptes, les jugements d'ouvertures de procédures collectives, voire des rapports comptables ou des états d'endettement démontrant l'existence des difficultés et l'urgence à procéder à la reprise des activités concernées.
23. L'Autorité exerce un contrôle *in concreto* approfondi des circonstances exceptionnelles dont se prévalent les parties pour demander une dérogation. Les dérogations ne sont donc pas octroyées dans des circonstances où les entreprises rencontrent des difficultés financières bénignes ou pour lesquelles elles disposent de solutions autres qu'une cession.
24. L'Autorité examine enfin l'ensemble des circonstances entourant les demandes de dérogation pour déterminer le caractère exceptionnel des circonstances évoquées.

---

<sup>2</sup> Voir les [Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations de 2013](#), point 127.

25. Les autorités de concurrence française et européenne ont par exemple, à titre exceptionnel, accueilli favorablement une demande de dérogation lorsqu'il avait été démontré que **le retard dans la réalisation de l'opération de concentration concernée risquait d'avoir des effets spécifiques et particulièrement dommageables<sup>3</sup>, allant au-delà des seules conséquences habituelles du délai de traitement d'une notification d'opération** et impactant également des tiers, en ce que le retard dans la réalisation de l'opération entraînerait des incertitudes et retards pour les clients, les fournisseurs et partenaires de la cible pour l'opération de concentration<sup>4</sup>.
26. L'Autorité a quant à elle par exemple autorisé, sous conditions et à titre dérogatoire, l'acquisition d'un fonds de commerce et l'extension limitée de la surface de vente du magasin afin d'assurer sa pérennité en situation de cessation de paiement, en attendant de prendre sa décision finale<sup>5</sup>.

### III. Effets et portée des décisions de dérogation

27. La dérogation porte sur l'interdiction de réaliser l'opération avant qu'elle n'ait été autorisée mais elle n'a pas pour effet de dispenser l'opération de cette autorisation. Par conséquent, le repreneur qui se voit octroyer une telle dérogation demeure tenu de **déposer dès que possible un dossier de notification complet**.
28. Les dérogations accordées par l'Autorité sont limitées dans le temps : elles peuvent devenir caduques si le dossier de notification n'est pas considéré complet dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération.
29. Par ailleurs, une éventuelle dérogation ne préjuge en rien de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction de l'opération. En effet, l'Autorité peut toujours, si elle l'estime nécessaire, imposer des mesures correctives, voire interdire l'opération<sup>6</sup>.
30. Le repreneur doit donc veiller, pendant la période précédant la décision finale de l'Autorité, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération<sup>7</sup> comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible, mettre en œuvre opérationnellement l'opération de manière irréversible (tel un changement d'enseigne ou d'activité, ou une fermeture des magasins) ou encore, conclure des accords pouvant empêcher ou rendre difficile l'éventuelle vente à des tiers (de façon conjointe ou séparée) des actifs de la cible. De plus, pour les opérations consistant en des acquisitions de titres, la dérogation peut expressément interdire à l'acquéreur d'exercer les droits de vote attachés aux titres acquis. Toute limitation permettant d'assurer l'exploitation distincte et de préserver l'intégrité des actifs cibles est également envisageable telle que l'obligation de préserver les marques acquises, voire d'exploiter séparément les activités de la cible.
31. Dans ces conditions, un échange informel avec l'Autorité est d'autant plus recommandé qu'il permet d'identifier, très tôt le cas échéant, les problèmes de concurrence qui pourraient résulter de la reprise et permettre à la partie notifiante d'en tirer les conséquences pour établir le périmètre de son offre de reprise.

---

<sup>3</sup> Décision de la Commission européenne [COMP/M.4151](#) du 23 mai 2006, *Orica/ Dyno*.

<sup>4</sup> *Ibid.*, voir aussi Commission européenne, [COMP/M.5969](#), 11 février 2011, *SC Johnson / Sara Lee*.

<sup>5</sup> Décision de l'Autorité [n° 2021-DEC-10](#) du 19 novembre 2021 relative à la demande de dérogation à l'effet suspensif du contrôle d'une opération de commerce de détail consistant en l'acquisition par le groupe Aline du fonds de commerce du magasin sous l'enseigne « Supermarché Tran Duc » à Boulouparis.

<sup>6</sup> Par exemple, dans sa décision [n° 18-DCC-95](#), l'Autorité de la concurrence métropolitaine a considéré, après un examen approfondi que, bien qu'une dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations ait été accordée, l'opération était susceptible de dégrader fortement la concurrence. Afin d'autoriser l'opération, elle a fait usage de son pouvoir d'injonction et a enjoint l'entreprise notifiante à céder une marque et des capacités de production.

<sup>7</sup> Tel est le sens de la décision [n° 2023-DEC-10](#) par laquelle l'Autorité a autorisé, à titre dérogatoire, l'opération notifiée, à la condition que la partie notifiante ne prenne pas d'actes ni ne mette en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure opérationnelle, financière et juridique de la cible jusqu'à sa décision finale.