

## Communiqué de procédure n° 2024-05

relatif à l'application de l'**exception de l'entreprise défaillante** dans le cadre du contrôle des opérations de concentration

Le 21 août 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 apprécier l'exception de l'entreprise défaillante dans le cadre du contrôle des opérations de concentration.
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

#### **1. Applicabilité du contrôle de l'Autorité en cas de reprise d'une entreprise en difficulté**

3. La reprise d'une entreprise en difficulté, dès lors qu'elle constitue une concentration – c'est-à-dire qu'elle emporte un changement durable dans la nature du contrôle exercé sur l'entreprise en difficulté – doit être autorisée préalablement par l'Autorité, si les seuils en chiffre d'affaires mentionnés à l'article Lp. 431-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « code de commerce ») sont remplis.
4. **Cette obligation de notification incombe au(x) repreneur(s)** de tout ou partie de l'entreprise en difficulté, les administrateurs judiciaires n'ayant aucune obligation légale ou réglementaire de saisir l'Autorité au préalable si la reprise constitue une concentration notifiable.
5. Le fait qu'une opération de concentration se déroule dans le cadre d'une procédure collective ne fait pas obstacle aux compétences de l'Autorité pour se prononcer sur la compatibilité d'une telle reprise avec le droit de la concurrence.
6. La procédure du contrôle des concentrations a, en principe, un effet suspensif, *i.e.* la reprise de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ne peut pas être réalisée tant que l'Autorité ne s'est pas prononcée favorablement sur sa compatibilité avec le droit de la concurrence. L'article Lp. 431-4 du code de commerce prévoit toutefois la possibilité de déroger à l'effet suspensif en cas de nécessité particulière dûment motivée<sup>1</sup>.
7. Par ailleurs, l'analyse de l'Autorité peut aboutir à l'identification d'une atteinte à la concurrence découlant du plan de reprise, rendant nécessaires la prise d'engagements par les parties notifiantes, voire l'interdiction de l'opération par l'Autorité.

<sup>1</sup> Voir le [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.

8. Toutefois, dans des cas exceptionnels, **une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte, peut tout de même être autorisée sans condition si l'exception dite « de l'entreprise défaillante » est retenue.**

## 2. Exception de l'entreprise défaillante

9. Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise, qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée ou qui a disparu du fait d'une procédure collective, l'Autorité peut autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence, **lorsqu'il apparaît que les effets de l'opération ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté**. C'est l'exception de l'entreprise défaillante.
10. En droit des concentrations, cette exception – en pratique qualifiée de « *failing firm defense* » – permet par conséquent aux entreprises concernées d'obtenir l'autorisation de l'opération notifiée sans condition nonobstant le fait qu'elle porte atteinte à la concurrence.
11. Le principe de l'exception de l'entreprise défaillante n'est pas prévu *stricto sensu* par le code de commerce.
12. L'OCDE a défini l'entreprise défaillante de la manière suivante : « *Une entreprise est défaillante lorsqu'elle accuse durablement des pertes et voit sa part de marché se contracter de telle sorte qu'on peut s'attendre à ce qu'elle disparaisse. La notion d'entreprise défaillante présente un intérêt tout particulier pour le contrôle des concentrations. En effet, la société absorbante peut faire valoir que l'acquisition d'une entreprise défaillante ne restreint pas substantiellement la concurrence, puisqu'elle sortira probablement du marché de toute manière. Si tel est le cas, la part de marché actuellement détenue par l'entreprise défaillante n'est pas significative pour l'évaluation de la concurrence future et il faut donc en relativiser l'importance.* »<sup>2</sup> (soulignement et surlignements ajoutés).
13. Une entreprise peut donc être considérée comme défaillante lorsqu'elle n'a généré que des pertes pendant un certain temps et qu'elle perd de telles parts de marché qu'elle est portée à sortir du marché ou à faire faillite.
14. En l'espèce, la pratique décisionnelle de l'Autorité<sup>3</sup> s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, *Kali und Salz*<sup>4</sup>. Le principe de l'exception de l'entreprise défaillante a aussi été consacré par le Conseil d'Etat<sup>5</sup> et est appliqué par l'Autorité de la concurrence métropolitaine<sup>6</sup>.
15. L'exception de l'entreprise défaillante permet donc, dans le cadre du contrôle des concentrations, de « **sauver** » **une entreprise en difficulté de la faillite en autorisant l'opération notifiée, en dépit des risques concurrentiels qu'elle présente**.
16. Il est néanmoins possible que l'Autorité applique cette exception seulement pour certains actifs de l'entreprise cible ; dans ce cas, elle peut autoriser sans condition l'acquisition de ces actifs par le repreneur, tout en subordonnant l'acquisition d'autres actifs à des engagements.

---

<sup>2</sup> Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence, 1993, point 88.

<sup>3</sup> Voir par exemple la décision de l'Autorité [n° 2020-DCC-09](#) du 29 juillet 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti.

<sup>4</sup> Cour de justice des Communautés européennes, affaires jointes [C-68/94 et C-30/95](#) du 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC) contre Commission des communautés européennes*.

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronic*, [n° 249267](#).

<sup>6</sup> Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine [n° 22-DCC-78](#) du 28 avril 2022 relative à l'acquisition du contrôle exclusif des actifs de Conforama France par le groupe Mobilux.

## II. Les conditions de mise en œuvre de l'exception

---

17. L'exception de l'entreprise défaillante suppose **la réunion de trois critères cumulatifs** :
- les difficultés de l'entreprise cible entraîneraient sa disparition rapide en l'absence de reprise ;
  - il n'existe pas d'autre offre de reprise pour la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise cible que celle de la partie notifiante moins dommageable pour la concurrence ; et
  - la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.
18. Ces trois critères sont interprétés très strictement par l'Autorité<sup>7</sup>.
19. **La charge de la preuve de la satisfaction de ces trois critères cumulatifs repose sur les parties notifiantes.** Ils doivent ainsi être étayés par des éléments tangibles.
20. Ces trois critères visent, *in fine*, à établir que la dégradation de la situation concurrentielle se serait produite même en l'absence de la concentration. En effet, si ces trois critères sont cumulativement réunis, on peut considérer que la dégradation de la situation concurrentielle qui résulte de l'opération notifiée ne serait pas pire que celle qui se serait passée en l'absence de l'opération.

### 1. La disparition rapide de l'entreprise en l'absence de reprise

21. Ce premier critère exige d'établir, qu'en l'absence de reprise par un tiers, l'entreprise en difficulté ne serait pas en mesure de poursuivre son activité.
22. L'Autorité de la concurrence métropolitaine considère généralement que le fait que l'entreprise cible soit **en cessation de paiements** et fasse l'objet **d'une procédure collective** devant le tribunal de commerce suffit à démontrer que ce critère est satisfait<sup>8</sup>.
23. En l'absence de procédure collective, l'Autorité peut être conduite à apprécier si la défaillance est **radicale<sup>9</sup>, avérée et se manifesterà à brève échéance.**
24. Compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose l'Autorité, la partie invoquant l'exception de l'entreprise défaillante doit apporter des preuves suffisantes démontrant, qu'en l'absence de concentration, elle disparaîtrait inéluctablement du marché. En effet, des éléments doivent étayer cette hypothèse afin de la rendre suffisamment plausible et crédible<sup>10</sup>.
25. Ces éléments de preuve peuvent revêtir différentes formes, telles que des études et des bilans économiques. L'objectif est de démontrer que l'opération est nécessaire en raison de la situation critique de l'entreprise cible.
26. L'Autorité a pu par exemple considérer que des contraintes personnelles ne constituaient pas des difficultés financières ou économiques susceptibles d'entraîner une défaillance radicale, avérée et imminente<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir la décision de l'Autorité [n° 2020-DCC-09](#) précitée.

<sup>8</sup> Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine [n° 22-DCC-78](#) précitée, point 344.

<sup>9</sup> De simples difficultés ne mettant pas en jeu la continuité de l'exploitation ne sont pas suffisantes.

<sup>10</sup> Décision de l'Autorité [n° 2023-DCC-06](#) du 17 novembre 2023 relative à la prise de contrôle exclusif de la SPFPL-SARL Biolabo NC par la SELAS Bioclinic, point 117.

<sup>11</sup> *Ibid.*, point 128.

## 2. L'absence d'offre alternative moins dommageable pour la concurrence

27. Ce deuxième critère vise à mesurer la réaction des opérateurs du marché en cas de défaillance de l'entreprise en difficulté, afin de vérifier si la reprise par la partie notifiante est le scénario le moins dommageable pour la concurrence en cas de défaillance de la cible.
28. Les parties notifiantes doivent ainsi fournir suffisamment d'éléments pour démontrer qu'il **n'existe pas d'autre offre alternative**, pour la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise cible, qui soit **moins dommageable pour la concurrence**<sup>12</sup>.

### a. L'identification des offres alternatives

29. La partie notifiante doit démontrer que le processus de cession garantit **une publicité suffisante**, afin qu'il puisse être présumé que la totalité des offres alternatives pertinentes ont été effectivement identifiées.
30. Il est généralement considéré que les procédures encadrées par le tribunal de commerce permettent de présumer un niveau suffisant de publicité<sup>13</sup>.
31. Cependant, si, lorsqu'elle apprécie l'existence d'offres alternatives, l'Autorité peut s'appuyer sur les recherches de repreneurs réalisées par les parties prenantes au processus de cession (notamment les conciliateurs ou les tribunaux de commerce), elle n'est pas tenue par les conclusions de ces procédures.
32. En outre, en fonction des évolutions de la structure de marché, par exemple du fait de l'entrée ou de la sortie d'opérateurs concurrents postérieurement aux procédures encadrées par le tribunal de commerce, il pourra être nécessaire que les parties démontrent qu'aucune offre alternative n'ait pu émerger entre le jour où l'opération notifiée a présenté un caractère suffisamment abouti pour pouvoir faire l'objet d'une notification et le jour où l'Autorité adopte sa décision relative à l'opération notifiée.
33. À cet égard, il est intéressant de noter que, lorsqu'elle apprécie l'existence d'une offre alternative, l'Autorité peut s'assurer elle-même, au cours de son instruction de l'opération, et donc postérieurement à l'accord entre le vendeur et l'acheteur sur la réalisation de l'opération, qu'aucun opérateur n'est intéressé par le rachat de la cible. Elle va ainsi au-delà des offres de reprise officiellement déposées dans le cadre des procédures judiciaires. L'Autorité s'attache alors à consulter les opérateurs du marché pour s'assurer de l'absence d'intérêt de la part d'autres acteurs concurrents sur les marchés considérés comme soulevant des problématiques concurrentielles.
34. L'Autorité de la concurrence métropolitaine a par exemple considéré que la publicité était « suffisante » dans la mesure où les difficultés financières de l'entreprise cible avaient été **largement diffusées dans la presse**<sup>14</sup>, permettant de raisonnablement informer les potentiels repreneurs afin qu'ils puissent se positionner le cas échéant.

### b. L'appréciation des offres alternatives

35. Afin d'être retenue par l'Autorité, l'offre alternative doit présenter les caractéristiques suivantes :
- être crédible ;
  - porter sur l'ensemble du périmètre repris ou sur une partie substantielle de ce périmètre ;

<sup>12</sup> Avis du Conseil de la concurrence [n° 05-A-01](#) du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron, points 137 et suivants.

<sup>13</sup> Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations, 2020 points 792 et suivants.

<sup>14</sup> Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine [n° 22-DCC-78](#) précitée, points 402 et suivants.

- être moins dommageable pour la concurrence que celle des parties.

36. **De simples manifestations d'intérêts sont insuffisantes** pour caractériser l'existence de solutions alternatives à l'opération de concentration notifiée. A cet égard, seules de véritables offres sérieuses et réelles permettant d'apprécier l'impact sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés seront examinées par l'Autorité au cours de son analyse.
37. Néanmoins, pour être considérée comme une offre alternative crédible, une offre ne doit pas nécessairement avoir le même degré d'aboutissement que l'offre présentée par les parties<sup>15</sup>. En particulier, le dépôt d'une offre devant le tribunal de commerce dans le cadre d'une procédure formelle de reprise ne saurait être considéré comme un critère nécessaire pour qu'une offre soit considérée comme crédible.
38. En outre, l'Autorité ne prend pas uniquement en compte les offres équivalentes. **Elle peut également prendre en compte une offre moins-disante**, dès lors que celle-ci porte sur l'ensemble du périmètre repris ou sur une partie substantielle de celui-ci<sup>16</sup>.

### 3. La neutralité pour les consommateurs

39. Pour que l'exception de l'entreprise défaillante soit favorablement accueillie, la **disparition de la société en difficulté ne doit pas être moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée**.
40. En effet, la démonstration de la disparition inévitable des actifs de la cible ne suffit pas à démontrer que le troisième critère est rempli.
41. Ce troisième critère repose ainsi sur l'analyse des scénarios contrefactuels crédibles en cas de non-réalisation de la concentration. Il est ainsi nécessaire d'identifier ces scénarios avant d'analyser leurs effets sur la structure concurrentielle des marchés concernés. Une telle démonstration suppose dans un premier temps de démontrer que les actifs auraient inéluctablement disparu et, dans un second temps, de comparer les effets pour le consommateur d'une telle disparition avec ceux de l'opération projetée.
42. En particulier, des offres qui ont été écartées au titre du deuxième critère, en raison de leur manque de crédibilité ou de leur caractère partiel, peuvent être prises en compte au stade de ce troisième critère. L'Autorité peut également être conduite à apprécier les effets de la sortie du marché de certains actifs de l'entreprise cible. En particulier, elle peut être amenée à rechercher si **le renforcement de la position du repreneur n'aurait pas découlé de la simple absorption des parts de marché de l'entreprise cible une fois celle-ci sortie du marché**.
43. L'analyse de l'Autorité est menée au niveau de chacun des marchés sur lesquels un risque d'atteinte à la concurrence a été identifié.
44. La finalité de cette analyse est de vérifier que l'opération de rachat serait neutre au regard des risques concurrentiels identifiés. Pour que ce troisième critère soit satisfait, il est donc nécessaire de démontrer qu'aucun des scénarios alternatifs ne conduirait à une situation concurrentielle plus favorable que celle qui résulterait de l'opération notifiée.
45. En définitive, dans la mesure où l'ensemble des trois critères sont remplis, l'Autorité considérera que l'exception de l'entreprise défaillante est applicable. Ainsi, bien que les différents risques concurrentiels identifiés par l'Autorité ne soient pas compensés par des gains d'efficacité, celle-ci peut autoriser l'opération sans condition.

---

<sup>15</sup> Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine [n° 18-DCC-95](#) du 14 juin 2018 relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo.

<sup>16</sup> Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives au contrôle des concentrations, 2020, point 795.