

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Faillite ou concurrence ? Un choix cornélien

Moal, Carole

Published in:

Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Moal, C 2002, Faillite ou concurrence ? Un choix cornélien. Dans A Verheyden (Ed.), *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*. Académia Bruylant, Bruxelles, p. 323-362.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'égalité dans le droit de la faillite fournit un excellent terrain de rencontre au droit constitutionnel et au droit commercial. Mais si le droit commercial se tait ou se contente de formules imprécises, ne fait-il la part trop belle au droit constitutionnel ? Si le législateur se complaît dans des formulations laconiques, ne laisse-t-il pas libre cours à l'intervention du juge constitutionnel ?

FAILLITE OU CONCURRENCE ? UN CHOIX CORNÉLIEN

PAR

ALEXANDRE VERHEYDEN

ET

CAROLE MOAL-NUYTS

AVOCATS, JONES DAY REAVIS & POGUE

INTRODUCTION

1. – Sur le plan législatif, le droit européen attache une importance primordiale au droit de la concurrence et ne réserve qu'une place marginale au droit de la faillite. L'interaction entre un droit de la faillite « fondamentalement judiciaire définissant le sort d'entreprises, souvent moribondes, qui ont cessé leurs paiements, dont le caractère sanctionnateur et moralisateur est évident » et un droit de la concurrence communautaire « destiné à régir l'action sur le marché des entreprises saines afin de maintenir leur liberté » relèverait-elle de l'imagination ? (1)

L'on peut d'ailleurs remarquer que la faillite demeure, de manière plus générale, en marge de la réglementation communautaire (2). Ce n'est que très récemment qu'il a été possible d'adopter, après de nombreux échecs (3), des règles unifiant certaines questions prélimi-

(1) C. HOUIN-SAINT ALARY, « Entreprises en difficulté et concurrence », *Revue internationale de droit économique*, 1995, p. 169, 170.

(2) Le Professeur Dabin a relevé à cet égard que l'institution de la faillite n'occupait pas dans le Traité de Rome la place qui lui revenait, et que les auteurs du Traité qui avaient dû en être conscients, s'étaient probablement résignés à ce que « cette importante province du droit » reste profondément ancrée dans l'histoire des institutions de droit privé des États membres. L. DABIN, « L'élaboration d'un régime adapté aux entreprises en difficulté dans le cadre d'une économie de marché. Perspectives en droit belge », *Revue internationale de droit économique*, 1995, p. 179, 181.

(3) A titre d'exemple, le processus de ratification de la convention du 23 novembre 1995 sur les procédures d'insolvabilité a été interrompu du fait de la célèbre crise de la « vache folle » ... Voy. *Agence Europe*, n° 6734 du 24 mai 1996. Voy. également L. IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1998, pp. 295, 296.

naires relatives à la compétence et à la loi applicable concernant les procédures d'insolvabilité (4).

2. – *A priori*, le droit de la faillite (5) et de la concurrence sont deux droits totalement différents. Alors que le droit de la faillite a trait à l'entreprise au sens juridique du terme et poursuit l'intérêt des créanciers et actionnaires de celle-ci ainsi que des travailleurs, le droit de la concurrence recherche l'optimalisation du marché dans l'intérêt général de la communauté.

3. – Les difficultés financières d'une entreprise (pouvant correspondre à l'état de faillite) sont néanmoins prises en considération à différents titres par le droit de la concurrence. L'objet de cet article est d'identifier les cas où l'application du droit européen de la concurrence est modulée en fonction de l'état de faillite ou des difficultés financières d'une entreprise. La thèse que nous défendons est que le droit européen de la concurrence, ce « camion-balai des entreprises marginales, malades ou accidentées qui sont à bout de course à la suite de ce critérium qu'est la compétition économique » (6), réserve à l'état de faillite avéré ou futur d'une entreprise une place somme toute très inégale, selon la règle de concurrence appliquée. Après avoir identifié, sur le plan technique, les différents cas où le droit de la concurrence tient compte de l'état de faillite d'une entreprise (7), cet article tente de dégager les constantes dans la reconnaissance, par le droit de la concurrence, de la problématique des faillites.

(4) Règlement 1346/2000 adopté par le Conseil le 29 mai 2000, *J.O.C.E.* n° L 160/1 du 30 juin 2000. Voy. également S. PERUZETTO-POILLOT, « Concentrations », *Répertoire de droit communautaire* 2001-1, n° 156; N. WATTÉ et V. MARQUETTE, « Le règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité », *Revue de droit commercial belge*, 2001, p. 565; T. BOSLY, « La faillite internationale – Une ère nouvelle s'est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000? », *Journal des tribunaux*, 2001, p. 690.

(5) Ou plus généralement celui de l'entreprise en difficulté.

(6) Selon l'expression du professeur DABIN, « L'élaboration d'un régime adapté aux entreprises en difficulté dans le cadre d'une économie de marché. Perspectives en droit belge », *op. cit.*, p. 181.

(7) Les exemples choisis ont trait à quatre domaines dans lesquels on a pu relever que les considérations relatives à la sauvegarde des entreprises défaillantes l'emporte sur les spécificités du droit de la concurrence, à savoir celui des aides d'Etat (I), celui du contrôle des concentrations (II), celui des ententes (III) et enfin celui de des services d'intérêt général (IV).

I. – FAILLITE ET AIDES D'ETAT

4. – Le cadre réglementaire des aides d'Etat constitue sans surprise, le domaine où se manifestent de manière la plus évidente les interactions entre la faillite d'une entreprise et le droit de la concurrence. Ainsi que le relèvent les derniers rapports annuels de la Commission sur les aides d'Etat, on constate une augmentation en volume des aides *ad hoc* destinées à sauver les entreprises de la faillite et à promouvoir leur restructuration (8). L'importance croissante de ce type d'aides a suscité l'inquiétude de la Commission qui considère qu'elle cadre mal avec le stade de développement avancé du marché commun (9). Toute la philosophie du contrôle communautaire est basée sur le respect des mécanismes du marché; or – il faut bien le constater – le phénomène d'aides aux entreprises en difficulté y est par nature *a priori* opposé (10).

En vue de mesurer l'influence de la situation de faillite d'une entreprise sur le fonctionnement des règles de concurrence en matière d'aides d'Etat, il convient de distinguer la question de la détermination des *conditions d'octroi* d'aides (A) de celle de la *récupération* des aides illégales qui auraient été octroyées (B).

A. – Les conditions d'octroi d'aides à l'entreprise en faillite

5. – Le régime juridique des aides en droit communautaire relève des articles 87 à 89 du Traité CE. En vertu du § 1 de l'article 87 du Traité, sont incompatibles avec le marché commun les aides qui remplissent cumulativement les trois conditions suivantes : a) être accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat; b) fausser la concurrence en conférant un avantage économique à son bénéficiaire et en l'accordant sélectivement à « certaines entreprises » ou à « certaines productions »; c) affecter les échanges entre Etats membres.

Cette disposition fait abstraction de la situation économique de l'entreprise dans la définition de l'aide d'Etat : toute aide qui relève

(8) Voy. *inter alia*, les sixième et septième rapports sur les aides d'Etat dans le secteur des produits manufacturés et certains autres secteurs de l'Union européenne, COM (1998) 417 final et COM (1999) 148 final.

(9) Voy. le XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence, 1997, p. 86.

(10) L. IDOR, « Entreprises en difficulté et concurrence : la position du droit communautaire », *Revue internationale de droit économique*, 1995, pp. 303, 324.

des trois conditions précitées est illégale, quelles que soient les difficultés économiques éventuelles de l'entreprise destinataire. Par conséquent, les aides d'Etat destinées au sauvetage ou à la restructuration d'entreprises en faillite, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, tombent sous le coup de l'article 87§ 1.

6. - Les entreprises en difficulté peuvent cependant bénéficier le cas échéant de la dérogation prévue à l'article 87§ 3c) qui doit être consentie expressément par la Commission, préalablement à l'octroi de l'aide. Ainsi, les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités économiques peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. La Commission a précisé les conditions d'application de cette disposition dans deux communications successives de 1994 et 1998 qui instaurent des lignes directrices relatives à l'octroi d'aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (11).

Ces lignes directrices succèdent à la politique antérieure de la Commission exposée dès 1979 dans le *VIII^e rapport sur la politique de concurrence* et qui avait été entérinée, en substance, par la Cour de justice des Communautés européennes (12). Un réexamen et une mise à jour de cette politique sont apparus nécessaires en 1994, en raison notamment de l'achèvement du marché unique, de la prise en compte de l'objectif de cohésion économique et sociale, ainsi que de l'évolution intervenue dans la conduite à tenir à l'égard des injections de capital par les pouvoirs publics (13). Selon la Commission, même en période de récession, il n'était pas souhaitable que les Etats membres entravent ou retardent artificiellement le processus d'adaptation structurelle d'entreprises qui étaient vouées à disparaître dans la nouvelle situation du marché (14).

(11) Respectivement publiées au *J.O.C.E.* n° C 368/05 du 23.12.1994 et *J.O.C.E.* n° C 288/2 du 9.10.1999.

(12) Suite aux difficultés économiques et sociales qui s'étaient développées à partir de 1973, la Commission s'était en effet trouvée confrontée à diverses reprises à des systèmes d'aide mis en œuvre par les Etats membres en vue d'accorder à certaines entreprises des crédits qu'elles ne pouvaient obtenir du secteur privé, qu'elle avait qualifiés soit d'aides au sauvetage, soit d'aides à l'accompagnement. Chacun des types d'aides étant encadré de conditions spécifiques. Voy. le *VIII^e Rapport sur la politique de la concurrence*, 1979, pp. 169 et s.

(13) Voy. les lignes directrices de 1994, point 1.3.

(14) Voy. les lignes directrices de 1994, point 1.1.

Face à l'importance croissante des aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, la Commission s'était par la suite engagée à l'égard du Conseil, dans le cadre du plan d'action pour le marché unique présenté au Conseil européen d'Amsterdam de 1997 (15), à durcir ses lignes directrices pour ce type d'aides (16). C'est dans ce contexte qu'ont été adoptées les lignes directrices de 1998 qui sont actuellement en vigueur. Ces dernières s'inspirent des lignes directrices de 1994, tout en apportant certaines modifications et clarifications (17). Elles s'appliquent quel que soit le secteur d'activité concerné, hors champ d'application du traité CECA, et sans préjudice des règles sectorielles spécifiques existantes; de telles règles ont été adoptées dans le secteur de la construction navale, dans le secteur automobile et dans celui du transport aérien (18).

L'idée générale qui ressort des lignes directrices de 1998, est qu'en principe, une entreprise non viable ne peut bénéficier de la dérogation prévue à l'article 87§ 3c) : la situation normale est qu'une telle entreprise disparaisse. Ainsi, lorsqu'un financement est apporté ou garanti par l'Etat à une entreprise en difficulté financière, une présomption est établie selon laquelle un tel financement comporte des éléments d'aides d'Etat (19). Dans les affaires *Georgsmarienhütte und Gröditz*, et *Kahala Porzellan*, la Commission n'a pas hésité à ouvrir des procédures formelles d'examen car elle avait des doutes sur la légalité de financements étatiques apportés à des entreprises en défaillance. Elle se basait pour cela sur l'improbabilité qu'un investisseur privé ait accepté, respectivement, de verser une redevance de groupe et une aide financière à ces sociétés (20). Cette condamnation des aides aux entreprises non viables est une constante, car la Commission considère que les crédits aux entreprises défaillantes, en maintenant artificiellement des entreprises non-compétitives qui sinon seraient vouées à disparaître, empêchent

(15) COM(97) 184 final du 6 mai 1997.

(16) Voy. *XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence*, 1997, p. 86.

(17) Voy. les lignes directrices de 1998, point 2.

(18) Voy. les lignes directrices de 1998, point 12.

(19) Voy. les lignes directrices de 1998, points 16 et 17.

(20) Décision *Georgsmarienhütte und Gröditz*, aff. C-43/2000, *J.O.C.E.* n° C 3/31, du 6.1.2001; décision *Kahala Porzellan GmbH*, aff. C 62/2000, *J.O.C.E.* n° C 185/45, du 30.6.2001; voy. également le *XXX^e Rapport sur la politique de concurrence*, édité par la Direction générale de la concurrence de la Commission, 2000, p. 78.

le jeu normal de l'économie de marché en supprimant la sanction de celui-ci (21).

7. – La Commission n'a cependant pas été jusqu'à considérer que les aides d'Etat destinées à sauver des entreprises en difficulté et à encourager leur restructuration seraient *per se* incompatibles avec le droit de la concurrence communautaire. La Commission estime en effet que dans certaines circonstances, de telles aides peuvent contribuer au développement d'activités économiques sans affecter les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire (22). Elle a ainsi relevé que certaines aides peuvent être justifiées pour des raisons de politique sociale ou régionale ou bien parce qu'elles permettent de maintenir une structure de marché concurrentielle lorsque la disparition d'entreprises pourrait aboutir à une situation de monopole ou d'oligopole étroit, ou encore parce qu'il y a lieu de prendre en considération les besoins particuliers du secteur des petites et moyennes entreprises et le rôle bénéfique que jouent ces entreprises d'un point de vue économique plus général (23). Cette position a été confirmée à diverses reprises par la Cour de justice des Communautés européennes (24).

Les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté sont donc considérées comme légitimes sous certaines conditions qui sont destinées à éviter que ces aides n'aboutissent à transférer les problèmes économiques et sociaux, à travers le marché commun, sur d'autres producteurs plus performants qui ne bénéficient pas d'aide (25).

8. – On observera que l'état de faillite de l'entreprise ne constitue pas en tant que tel le critère d'éligibilité de ces aides. C'est la notion plus vaste d'*entreprise en difficulté*, dont il n'existe pas de définition communautaire, qui est au centre de la politique de tolérance de la Commission. La Commission a précisé de manière générale, qu'au sens des lignes directrices, il s'agissait de la situation d'une entreprise qui, en l'absence d'une intervention extérieure des

(21) Voy. aff. 72/34, *J.O.C.E.* n° L 10 du 13.1.1972. Voy. également L. Idor, « Entreprises en difficulté et concurrence : la position du droit communautaire », *op. cit.*, p. 324.

(22) Voy. les lignes directrices de 1998, point 20.

(23) Voy. les lignes directrices de 1994, point 1.2 et les lignes directrices de 1998, point 3.

(24) Voy. *inter alia* les décisions de la Cour de Justice rendues dans les affaires *France c. Commission*, C-301/87, *Rec.* 1990; *Belgique c. Commission*, C-142/87, *Rec.* 1990; *Belgique c. Commission*, 234/84, *Rec.* 1986.

(25) Voy. les lignes directrices de 1998, points 25 et 28.

pouvoirs publics pour enrayer ses pertes, est destinée à une mort économique quasi-certaine à court ou moyen terme (26). Elle a également constaté que les difficultés de l'entreprise se manifestent habituellement, *inter alia*, par le niveau croissant des pertes, la diminution du chiffre d'affaires, le gonflement des stocks, la surcapacité, la diminution de la marge brute d'autofinancement, l'endettement croissant, la progression des charges financières ainsi que l'affaiblissement ou la disparition de la valeur de l'actif net (27). Ainsi, c'est seulement dans les cas les plus extrêmes que l'entreprise sera devenue insolvable ou se trouvera en procédure collective de droit national fondée sur son insolvabilité (28).

9. – En vertu des lignes directrices, il convient de distinguer l'aide au sauvetage de l'aide à la restructuration. La première vise à maintenir l'activité de l'entreprise pendant une période limitée au cours de laquelle l'avenir de l'entreprise peut être évalué. Il s'agit d'une *opération exceptionnelle* qui est soumise à un encadrement strict (29). Pour être autorisée, elle doit satisfaire aux cinq conditions principales suivantes :

1. prendre la forme de garantie de crédits ou de crédits portant intérêt, aux taux observables sur le marché;
2. se limiter dans son montant au strict nécessaire pour l'exploitation de l'entreprise;
3. être d'une durée maximale de six mois;
4. être justifiée par des raisons sociales aiguës et ne pas avoir d'effets graves de débordement négatif dans les autres Etats membres;
5. être accompagnée d'un engagement de restructuration ou de liquidation de l'entreprise aidée, ou d'un engagement de remboursement des crédits (30).

(26) Voy. les lignes directrices de 1998, point 4.

(27) Voy. les lignes directrices de 1998, point 6.

(28) *Ibid.*

(29) Pour une illustration récente dans le secteur aérien, voy. la décision de la Commission du 9 novembre 2001 dans l'affaire de la faillite de la Sabena. En l'espèce, la Commission a indiqué qu'elle ne voyait pas d'obstacles à l'utilisation au niveau de la filiale DAT, au titre des aides au sauvetage, du crédit-relais de 125 millions d'euros octroyé par l'Etat belge à la Sabena, pour autant que le Tribunal de commerce de Bruxelles ou les curateurs désignés par lui ne s'y opposent pas dans le cadre de la procédure de faillite en cours de la Sabena. Communiqué de la Commission, IP/01/1558 du 9.11. 2001.

(30) Voy. les lignes directrices de 1998, points 23 et s.

Dans l'affaire *Holzmann*, la Commission a estimé que le plan de restructuration général (« Grobkonzept ») présenté par les autorités allemandes n'était pas suffisamment détaillé pour lui permettre notamment d'apprécier s'il proposait des solutions réalistes quant au retour à la viabilité de l'entreprise. Elle a également exigé des informations complémentaires sur les parts de marché que détenait Holzmann sur les marchés de produits en cause ainsi que des estimations détaillées sur les capacités de production au niveau communautaire de manière à déterminer si la condition de prévention de distorsions de concurrence injustifiées était remplie. Elle a ensuite réclamé de plus amples explications sur le caractère décisif de l'initiative du gouvernement fédéral pour la réalisation du plan de restructuration pour vérifier la nécessité et la proportionnalité des aides.

Dans l'affaire *Verlipack*, la Commission a estimé qu'un plan de restructuration n'était susceptible d'approbation s'il prévoyait un engagement financier substantiel de la part d'investisseurs privés. En l'espèce, la Commission a rouvert la procédure lorsqu'elle a découvert que la participation de l'entreprise Heye Glas dans la restructuration de Verlipack qui était censée constituer cette contribution significative du secteur privé, provenait en fait pour sa quasi-totalité de fonds publics que l'entreprise avait reçu précisément à cet effet.

Enfin, dans une décision récente, où elle examinait la légalité d'une aide à la restructuration d'une entreprise de production de téléviseurs entre-temps tombée en faillite (40), la Commission n'a pas hésité à ordonner la récupération de l'aide, estimant que le critère de mise en œuvre intégrale du plan de restructuration n'était pas rempli, et ce nonobstant le fait que l'échec de la mise en œuvre était partiellement dû à des facteurs externes comme des ruptures accidentelles d'approvisionnement (41). Après avoir admis que le plan était réaliste, que l'aide n'allait pas entraîner de distorsions de concurrence indues, et qu'elle apparaissait proportionnée aux coûts, la Commission a en effet relevé que le non-respect des engagements assumés par le repreneur en matière de financement et de diversification de l'activité de production constituait la source principale du manquement à la condition de mise en œuvre intégrale par l'entre-

(40) Aff. C-4230/1999, *J.O.C.E.* n° L 165/25.

(41) Voy. la décision de la Commission, point 63.

prise du plan de restructuration, pour déclarer l'aide incompatible avec le marché commun (42).

11. – De cette pratique, on peut déduire les lignes de force suivantes de l'activité de la Commission dans le domaine de l'octroi des aides d'Etat à la restructuration des entreprises.

Tout d'abord, la Commission se montre très exigeante sur les *informations et explications à fournir* pour justifier de la nécessité et de l'opportunité de l'aide pour la restructuration de l'entreprise. L'insuffisance de l'information mise à la disposition de la Commission représente un élément souvent déterminant pour justifier la déclaration d'incompatibilité de l'aide avec le droit communautaire. Il s'agit d'une confirmation de l'approche casuistique adoptée par les institutions communautaires dans le domaine des aides d'Etat : chaque décision dépend des circonstances particulières du cas d'espèce et est appréciée par la Commission et par la Cour de justice des Communautés européennes en fonction des données concrètes.

Ensuite, l'exigence d'un plan de restructuration est loin de constituer une simple condition formelle. Les informations fournies à la Commission doivent établir de manière manifeste et incontestable sa *fiabilité*. Le moindre doute sur l'exactitude ou sur la cohérence de ce plan tend à entraîner le rejet de l'aide. Cette approche a été confirmée par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 22 mars 2001. En l'espèce, la Cour de justice a rejeté le recours intenté par la France à l'encontre d'une décision de la Commission après avoir constaté que les autorités françaises ne disposaient pas, à la date de l'octroi de l'aide, d'un plan de restructuration crédible (43).

Enfin, d'une manière plus générale, il ressort des décisions précitées que la Commission se montre *réticente à admettre la licéité* de ce type d'aide. Ce n'est véritablement que dans des circonstances exceptionnelles où il est avéré que l'entreprise pourra se redresser grâce à l'aide octroyée et que les effets sur la concurrence ne seront pas excessifs au préjudice des autres opérateurs économiques présents sur le marché, que la Commission ne fera pas opposition à

(42) *Ibid.*

(43) *France c. Commission*, aff. C-17/99, point 49. Comme on l'a relevé, il ressort de cet arrêt que l'entreprise bénéficiaire de l'aide avait été mise en liquidation judiciaire alors que l'affaire était pendante devant la Cour. Voy. A. VALLÉRY et F. LOUIS, « Chronique de droit de la concurrence (janvier à avril 2001) », *Cahiers de droit européen*, 2001, p. 521 (575).

récemment rendue sur ce problème dans l'affaire *Royaume d'Espagne c. Commission* (52). Dans cette décision, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé, pour la première fois, l'analyse de la Commission selon laquelle l'attitude de l'Etat à l'égard d'une entreprise endettée ayant cessé de respecter ses obligations, consistant à la laisser poursuivre ses activités sans exiger le remboursement de l'aide peut, dans certaines circonstances, permettre de conclure à l'illégalité de l'aide (53). Le litige concernait des aides octroyées par l'Espagne au groupe Magefesa alors qu'il était au bord de la faillite, afin d'empêcher l'arrêt de ses activités. La Commission avait déclaré ces aides illégales et avait enjoint à l'Espagne de les récupérer dès 1989. En 1997, saisie de nombreuses plaintes concernant les avantages résultant pour les entreprises du groupe Magefesa de la non-restitution des aides en question, la Commission a ouvert une procédure contre le groupe et son successeur légal, à l'issue de laquelle les autorités espagnoles ont été invitées à adopter les mesures qui s'imposaient pour récupérer les aides majorées des intérêts auprès des bénéficiaires (54). C'est contre cette décision que le gouvernement espagnol a introduit un recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes dans lequel il a fait valoir qu'il n'avait pas renoncé à ses créances mais qu'il n'existait en droit espagnol aucune obligation pour un créancier public de demander ni d'imposer la mise en faillite ou la liquidation d'une entreprise afin de récupérer les sommes dues (55).

Dans sa décision, la Cour de justice des Communautés européennes a souligné qu'il ressortait des pièces du dossier que, nonobstant les affirmations des autorités espagnoles selon lesquelles elles avaient exercé toutes les voies de recours pour obtenir le paiement des dettes des entreprises du groupe Magefesa, les entreprises avaient pu poursuivre leurs activités pendant plusieurs années grâce à ces aides d'Etat (56). Elle a également constaté que si certaines entreprises du groupe avaient été finalement déclarées en faillite, cela avait été non pas à la demande des autorités publiques, mais

(52) Voy. aff. C-480/98, arrêt du 12 octobre 2000 disponible sur le site internet de la Cour de justice des Communautés européennes.

(53) Voy. le *XXX^e Rapport sur la politique de concurrence*, op. cit., p. 94.

(54) Point 10 de la décision.

(55) Point 13 de la décision.

(56) Point 20 de la décision.

des créanciers privés et qu'en outre, l'une d'elles avait même été autorisée à poursuivre son activité après sa déclaration de faillite, accumulant ainsi de nouvelles dettes (57). Selon la Cour de justice des Communautés européennes, c'était donc à bon droit que la Commission avait, compte tenu de ces circonstances particulières, soutenu que l'absence de mesures prises par les autorités concernées était constitutive d'une aide illégale et incompatible avec le marché commun au sens de l'article 87§ 1 du traité (58).

15. – L'interdiction des aides d'Etat consenties sans l'autorisation préalable de la Commission connaît, néanmoins, un tempérament non négligeable. En effet, les aides attribuées à des entreprises chargées de l'exécution de missions d'intérêt économique général dispensées de l'application de règles de concurrence en vertu de l'article 86 du Traité CE ne seront pas illégales, pour autant qu'elles puissent effectivement bénéficier de l'article 86 du Traité CE (59). Ainsi, les aides de sauvetage ou de restructuration consenties à des entreprises chargées de missions d'intérêt économique général, qui méconnaîtraient les règles propres aux aides d'Etat n'en seraient pas moins compatibles avec le Traité CE.

16. – En conclusion, si l'on exclut le cas spécifique des entreprises chargées de missions d'intérêt économique général, le régime des aides d'Etat ne prend en considération l'état de faillite ou les difficultés d'une entreprise, pour apprécier la licéité d'une aide, que dans une mesure très limitée. De même, le régime des aides d'Etat s'applique aux nouveaux opérateurs économiques issus de la faillite d'une entreprise (ceux-là mêmes auxquels le droit du redressement judiciaire ou du concordat entendent donner un maximum de

(57) *Ibid.*

(58) Points 19 et 21 de la décision. Finalement, la décision de la Commission n'a été annulée que dans la mesure où elle imposait dans les montants des aides devant être récupérés, la perception d'intérêts échus postérieurement à la déclaration de faillite de deux des entreprises du groupe sur les aides illégalement perçues avant cette déclaration et ce nonobstant la législation espagnole en sens contraire, prévoyant que les dettes des entreprises qui ont été déclarées en faillite cessent de produire des intérêts à partir de la date de la déclaration correspondante. En effet, il est de jurisprudence constante que la récupération des aides octroyées, qui vise au rétablissement de la situation antérieure, doit en principe être effectuée selon les dispositions de procédure pertinentes du droit national.

(59) Sur ce point, voy. Section IV *infra*. Afin d'être compatible avec les dispositions du Traité CE, l'aide devrait cependant être proportionnelle, à savoir que son montant et les conditions dans lesquelles elle serait octroyée « ne peuvent créer d'inutiles distorsions commerciales ». Son montant ne peut non plus « excéder ce qui est strictement nécessaire pour garantir la bonne exécution de la mission » (« Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe », *J.O.C.E.*, n° C17/4 du 19.1.2001).

chances de réussite) de manière extrêmement stricte. En effet, l'entreprise cessionnaire de l'intégralité des actifs du failli pourra être tenue de rembourser l'aide illégale. En d'autres termes, l'arrangement concordataire qui pourrait avoir été avalisé par le tribunal ne peut éteindre, dans tous les cas, la dette de l'entreprise en remboursement de l'aide illégale.

II. - FAILLITE ET CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

17. - Le règlement européen relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (60) subordonne la réalisation d'une opération de concentration communautaire à l'obtention d'une autorisation préalable de la Commission (61). A cet égard, la Commission s'assure que l'opération en question ne crée ni ne renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée (62). Le droit de la faillite est, essentiellement, susceptible d'influencer l'application du règlement des concentrations à différents égards :

- L'inapplicabilité du règlement au curateur ou à l'administrateur judiciaire.
- La prise en compte de l'état de faillite ou d'insolvabilité dans l'appréciation de la création ou du renforcement d'une position dominante.
- L'acceptabilité des engagements pris par certaines entreprises afin d'assurer la compatibilité d'une concentration avec les règles de concurrence.
- La possibilité d'obtenir une dérogation à l'interdiction de réaliser l'opération de concentration préalablement à l'obtention d'une décision confirmant la compatibilité de la concentration avec le marché commun.

(60) Règlement n° 4064/89 du Conseil, tel que modifié par le règlement n° 1310/97 (ci-après, « le règlement »), *J.O.C.E.* n° L 395, 30 déc., *rect. J.O.C.E.* n° L 257, 21. 09. 1990, *mod. J.O.C.E.* n° L 180, 9.07.

(61) Voir article 7 du règlement.

(62) Voir article 2 du règlement.

A. - Inapplicabilité du règlement aux curateurs ou administrateurs judiciaires

18. - Le texte fondamental en matière de contrôle des concentrations ne comporte qu'une seule disposition ayant trait expressément aux procédures collectives. Il s'agit de l'article 3§ 5,b) qui exclut du champ d'application du règlement la prise de contrôle par la personne qui serait mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un Etat membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à toute autre procédure analogue. La solution s'explique aisément, puisque l'opération envisagée n'entraîne aucun changement de la structure du contrôle de l'entreprise (63). Il est cependant précisé que l'exclusion du champ d'application du règlement ne vaut qu'en ce qui concerne la prise de contrôle par le mandataire de l'Etat dans le cadre de la procédure de redressement, et non lorsque ce dernier vend l'entreprise à un tiers (64).

B. - Prise en compte de l'état de faillite ou d'insolvabilité dans l'appréciation de la création ou du renforcement d'une position dominante

19. - Jusque tout récemment, l'état de faillite ou d'insolvabilité n'était pas pris en compte dans l'évaluation de la compatibilité d'une concentration avec les règles communautaires. La raison en était que le règlement ne prévoyait aucune exception à cet égard. Il en résultait que l'état de faillite ou d'insolvabilité d'une entreprise n'était jamais pris en compte dans l'appréciation de la création ou du renforcement d'une position dominante occasionné par une opération de concentration.

20. - Sur ce point, le droit européen différait sensiblement du droit américain. Le droit antitrust américain admet en effet, en vertu de la doctrine du *failing company defence* (65), qu'une concentration qui violerait *a priori* la Section 7 du *Clayton Act* peut être autorisée si cela s'avère nécessaire pour prévenir la faillite de l'en-

(63) Voy. le point 43 de la communication de 1998 relative à la notion de concentration (ci-après « la communication »).

(64) Voy. O. D'ORMESSON et A. WACHSMANN, « Contrôle des concentrations - Notion de concentration », *Juris - Classeur Europe*, 1999, Fasc. 1440, n° 75; S. PERUZZETTO-POILLOT, *op. cit.*, n°s 154 et 156.

(65) Communément traduite sous les termes de la « théorie de l'entreprise défaillante ».

entreprise insolvable (66). Cette position fait plus largement partie du concept en vertu duquel les effets bénéfiques que tire une entreprise d'une opération de fusion peuvent être pris en considération pour l'appréciation de la compatibilité de la fusion avec les règles de concurrence. Ainsi, l'acquisition d'une entreprise qui n'est pas soluble est possible, dès lors que les entreprises peuvent démontrer que : a) l'entreprise objet de l'acquisition est dans une situation rendant probable sa faillite prochaine; b) elle est incapable de se restructurer avec des chances de succès; c) il n'existe pas d'autres solutions moins dommageables pour les conditions de concurrence que celle de la concentration; l'entreprise 'défaillante' disparaîtrait du marché si la concentration n'était pas réalisée (67).

21. - Les effets bénéfiques d'une opération de concentration pour la ou les entreprises concernées par celle-ci ne sont, en principe, pas pris en considération en droit européen, pour l'appréciation de la compatibilité de l'opération de concentration avec les règles de concurrence. C'est ce qui explique, qu'en principe, la Commission ne tient pas compte de l'état de faillite ou des difficultés financières d'une entreprise. La pratique administrative de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a, néanmoins, connu sur ce point un développement récent significatif. Depuis la célèbre affaire *Kali und Salz* (68), il apparaît cependant que la situation économique de l'entreprise faisant l'objet d'une concentration peut être également prise en compte, à titre exceptionnel, dans le cadre même de l'application du règlement des concentrations, à savoir, au stade de l'évaluation du caractère conforme de l'opération avec le droit communautaire. Dans cette affaire, en effet, la Commission s'est basée sur l'état de faillite imminent de l'entreprise pour autoriser une concentration, notwithstanding le fait que l'acquisition de la société faillie allait entraîner la constitution d'une entité détenant une part de marché de 98 %.

Un bref rappel des faits et du raisonnement suivi par la Commission s'impose. En l'espèce, l'opération avait pour objet le regroupement des activités de « potasse » et « sel gemme » de la société Kali

(66) *International Shoe Co. v. FTC* 280 US 291, 302-303 (1930). Voy. également, G. MONTI et E. ROUSSEVA, « Failing firms in the framework of the EC Merger Control Regulation », *European Law Review*, Vol. 24, 1999, p. 38 (39).

(67) Voy. Conclusions de l'avocat général G. Tesauero, point 49.

(68) Aff. n° IV/M.308 - *Kali + Salz/MdK/Treuhand*, J.O.C.E. n° L 186/38 du 21.07.1994.

und Salz et de la société Mitteldeutsche Kali (« MdK ») dans une société créée par Kali und Salz et la *Treuhandanstalt*. Les parties avaient fait valoir que sans l'opération de concentration, MdK allait devoir quitter rapidement le marché, les parts de marché ainsi libérées étant pour l'essentiel reprises par Kali und Salz, et que dès lors en vertu de la doctrine américaine du *failing company defence*, l'opération devait être admise au regard du droit des concentrations, et ce malgré le fait qu'il en résultait un renforcement de la position dominante de Kali und Salz (69).

Dans sa décision, la Commission a accueilli, pour la première fois, la doctrine du *failing company defence* (70), et ce nonobstant l'absence de toute référence à ce moyen de défense dans le corps même du règlement communautaire sur le contrôle des concentrations. Elle a en effet estimé que le raisonnement sous-jacent à la doctrine du *failing company defence* pouvait trouver à s'appliquer dans le cadre de l'article 2§ 2 du règlement du point de vue du lien de causalité entre une concentration et la création ou le renforcement d'une position dominante (71). En vertu de cette disposition, les opérations de concentrations qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence une altération significative d'une concurrence effective dans le marché commun doivent être déclarées compatibles avec le marché commun. La Commission en a déduit qu'« [u]ne concentration qui, normalement, devrait être considérée comme conduisant à la création ou au renforcement d'une position dominante de la société acquéreuse peut être considérée comme n'étant pas à l'origine d'une telle position si, dans le cas où la concentration serait interdite, l'acquéreur obtenait ou renforçait inévitablement une position dominante » (72). Selon elle, il résulte de l'absence de lien de causalité que les conséquences

(69) Point 70 de la décision de la Commission.

(70) Connue également sous le nom de *failing firm defence*, argument de l'entreprise défaillante, ou encore argument de la société défaillante. Dans l'affaire *Kell/American Express*, la Commission avait certes déclaré compatible avec le marché commun, une opération de concentration ayant pour objet une opération de sauvetage, mais s'était abstenue de se prononcer sur l'admissibilité de la *failing company defence* en droit communautaire de la concurrence. Décision du 20 août 1991 dans l'affaire IV/M.116. Voy. également M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Mégret*, Volume 4, Editions de l'ULB, 1997, n° 916.

(71) Point 71 de la décision de la Commission.

(72) *Ibid.*

juridiques prévues à l'article 2§ 3 ne s'appliquent pas (73) et qu'en conséquence l'opération de concentration peut être autorisée (74).

L'on ne manquera pas de relever que la Commission, tout en s'inspirant de la théorie américaine, ne l'a pas faite entièrement sienne, préférant créer sa propre doctrine communautaire du *failing company defence*. En effet, la Commission a reformulé les critères de cette doctrine pour exiger : 1) la disparition future établie de MdK; 2) l'absorption de la part de marché de MdK par Kali und Salz après sa sortie du marché; et 3) l'absence d'alternative d'acquisition moins dommageable pour la concurrence (75).

Dans le cadre du recours en annulation devant la Cour de Justice qu'il a intenté à l'encontre de cette décision, le gouvernement français faisait valoir plusieurs griefs. Tout d'abord, il reprochait à la Commission d'avoir fait une « application inexacte » du règlement en autorisant, sur base de la doctrine de la *failing company defence*, « une opération de concentration conduisant à la création d'un monopole » sur le marché allemand (76). Ensuite, selon le gouvernement français, la Commission avait fait une « utilisation erronée » (77) de la doctrine dans la mesure où elle n'avait pas pris en compte « la totalité des critères retenus dans la réglementation anti-trust américaine » (78) et avait introduit « arbitrairement » d'autres critères, notamment celui de l'absorption des parts de marché (79). Or selon lui, seule l'application intégrale des critères américains était à même de garantir la bonne mise en œuvre du mécanisme d'exception (80). Enfin, le gouvernement estimait que la Commission n'avait pas démontré que les critères qu'elle avait retenus, relatifs à la disparition de l'entreprise et à l'absence d'alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence, étaient effective-

(73) Cette disposition prévoit en effet que les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante résultant en une détérioration de la concurrence effective dans le marché commun doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

(74) Point 72 de la décision de la Commission.

(75) Points 78 et suivants de la décision de la Commission. Voy. également Conclusions de l'avocat général G. TESAURO, point 49.

(76) Point 90 de la décision de la Cour de Justice.

(77) Point 91 de la décision de la Cour de Justice.

(78) Point 92 de la décision de la Cour de Justice.

(79) Point 93 de la décision de la Cour de Justice.

(80) *Ibid.*

ment remplis en l'espèce (81), et qu'elle avait notamment négligé l'éventualité que MdK puisse, avec des aides d'Etat, retrouver sa viabilité (82).

Dans son arrêt rendu le 31 mars 1998, la Cour de Justice a rejeté chacun de ces griefs, et consacré la doctrine communautaire de la théorie de l'entreprise défaillante telle qu'énoncée par la Commission dans sa décision *Kali und Salz*.

Après avoir rappelé au préalable que, conformément à l'article 2§ 2 du règlement des concentrations, dès lors qu'une opération n'est pas la cause de la création ou du renforcement d'une position dominante affectant de manière significative la situation concurrentielle sur le marché pertinent, il y a lieu de la déclarer compatible avec le marché commun (83), la Cour de Justice a relevé que le fait que les critères posés par la Commission pour conclure à l'inexistence d'un lien de causalité entre l'opération de concentration et la détérioration de la structure concurrentielle ne se recoupent pas entièrement avec ceux retenus dans le cadre de la doctrine américaine du *failing company defence*, n'était « pas en soi un motif d'invalidité de la décision litigieuse » (84). Plus particulièrement, sur la pertinence du critère de l'absorption introduit par la Commission, la Cour a déclaré qu'il concourait à garantir la neutralité de la concentration par rapport à la détérioration de la structure concurrentielle du marché, conformément à la notion de causalité figurant à l'article 2§ 2 du règlement (85).

La Cour a également rejeté le grief du gouvernement français selon lequel la Commission aurait négligé l'éventualité que l'entreprise en difficulté puisse, avec des aides d'Etat, retrouver sa viabilité. Selon la Cour, ce grief était non fondé dès lors que, en l'espèce, MdK avait continué à enregistrer des pertes considérables malgré les aides d'Etat importantes qu'elle avait déjà reçues, et que même avec les aides prévues dans le projet de concentration, cette dernière, dès lors que livrée à elle-même, continuerait à cumuler des pertes qui ne pourraient être durablement couvertes conformément au droit communautaire (86).

(81) Point 95 de la décision de la Cour de Justice.

(82) Point 96 de la décision de la Cour de Justice.

(83) Points 109 et 110 de la décision de la Cour de Justice.

(84) Point 112 de la décision de la Cour de Justice.

(85) Points 114, 115 et 116 de la décision de la Cour de Justice.

(86) Points 117 à 120. Voy. également F.E. GONZÁLEZ-DÍAZ, *op. cit.*

22. – Dans un premier temps, la portée de la doctrine du *failing company defense* adoptée dans l'affaire *Kali und Salz* a été limitée à plusieurs titres. Tout d'abord, les critères étaient très stricts. Il en résultait une application restreinte de la doctrine du *failing company defense* (87). Ensuite, postérieurement à la décision *Kali und Salz*, la Commission était intervenue dans plusieurs décisions d'une manière qui tendait de façon générale à souligner le caractère exceptionnel de la doctrine. Ainsi dans les affaires *Saint Gobain/Wacker Chemie* (88), *Blokker/Toys 'R' Us* (89) et *Bertelsmann/Kirch/Première* (90), la Commission a estimé que la doctrine du *failing company defense* n'avait pas lieu de s'appliquer, jugeant que l'absence de lien de causalité entre les opérations de concentrations proposées et leurs effets sur le marché n'avait pas été suffisamment établie (91).

Dans la première de ces affaires (*Saint Gobain/Wacker Chemie*), il était question de la création d'une entreprise commune qui devait absorber une entreprise en difficulté de Wacker-Chemie. La Commission a expressément constaté que l'examen des trois critères définis dans *Kali und Salz* montrait clairement que l'interdiction de l'opération de concentration constituait la décision « la moins anticoncurrentielle » (92). Nonobstant le fait que l'entreprise en difficulté avait déjà tenté sans succès, d'abord, de créer une entreprise commune avec deux concurrents, puis de vendre tous ses actifs dans le secteur concerné à une autre société, la Commission a estimé qu'il n'était pas établi que l'entreprise serait contrainte de quitter le marché dans un avenir proche si elle n'était pas reprise par une autre entreprise (93). Mais il semble que ce soit surtout la circonstance que l'une des installations de transformation du silicium de l'entreprise en difficulté figurait parmi les plus perfectionnées au monde et constituait « un actif de grande valeur » qui a pesé dans

(87) Voy. C.D. EHLERMANN, « Zukünftige Entwicklungen des Europäischen Wettbewerbsrechts », *European Competition Policy Newsletter*, 1994, Vol. 1, N° 2, p. 3 (4).

(88) Aff. IV/M.774, *J.O.C.E.* n° L 247/1, du 10.09.1997.

(89) Aff. IV/M.890, *J.O.C.E.* n° L 316/1, du 25.11.1998.

(90) Aff. IV/M.993, *J.O.C.E.* n° L 53/1, du 27.2.1999.

(91) Voy. L. RITTER, W.D. BRAUN et F. RAWLINSON, *European Competition Law : a practitioner's guide*, Kluwer 2000, p. 477; Voy. S. HIRSBRUNNER, « Die Entwicklung der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 1997 und 1998 », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, N° 13, p. 389(392).

(92) Point 247 de la décision de la Commission.

(93) Points 250 et 252 de la décision de la Commission.

la décision de la Commission d'interdire la concentration (94). En effet, cette dernière a jugé que cette installation de transformation pourrait être vendue soit intégralement, soit par parties, à des tiers et que dans l'un comme dans l'autre cas, les capacités de transformation resteraient sur le marché, où elles seraient en concurrence avec le géant Saint Gobain.

Dans l'affaire *Blokker/Toys 'R' Us*, qui concernait le rachat par Blokker des actifs constituant l'activité de Toys 'R' Us aux Pays-Bas, la Commission a relevé, d'une part qu'il n'était pas prouvé que la totalité de la part de marché de Toys 'R' Us reviendrait à Blokker, et d'autre part que la détérioration de la situation concurrentielle ne découlerait pas uniquement du gain de part de marché, mais également du potentiel de Toys 'R' Us en tant que membre du groupe Blokker qui résulterait de la concentration (95). Par conséquent, la Commission en a déduit que l'on ne pouvait affirmer que la disparition de l'activité de l'entreprise en difficulté entraînerait les mêmes résultats que la concentration (96).

Dans l'affaire *Bertelsmann/Kirch/Première*, la Commission a expressément constaté qu'une situation telle celle qui avait donné lieu à la décision *Kali und Salz* ne se produisait que dans des cas exceptionnels. La Commission a ainsi rappelé que la présomption normale était qu'une opération de concentration qui a pour conséquence la création ou le renforcement d'une position dominante est la cause de cette détérioration de la structure concurrentielle, et qu'en conséquence la charge de la preuve d'une absence de lien de causalité incombait aux entreprises fusionnant (97). Elle a également souligné qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une disparition du marché d'une entreprise dans sa totalité, comme cela avait été le cas dans *Kali und Salz*, dans la mesure où la société cédée ne représentait qu'une partie des activités de l'entreprise mère (98). Selon la

(94) Point 259 de la décision de la Commission.

(95) Point 112 de la décision de la Commission.

(96) *Ibid.* Il convient en outre, de relever que dans cette affaire, l'entreprise défaillante n'avait pas apporté la preuve de l'absence d'alternative de rachat moins dommageable pour la concurrence dans le marché commun. Bien au contraire, en fait, dans sa présentation des autres acheteurs potentiels, Toys 'R' Us avait indiqué qu'elle avait exclu les entreprises ne justifiant pas d'une connaissance spécifique du marché Benelux. Cette circonstance avait contribué à donner l'impression à la Commission que c'était non pas l'acquéreur le moins dommageable pour la concurrence qui avait été sélectionné mais plutôt l'opérateur le plus puissant du marché. Point 113 de la décision de la Commission.

(97) Point 70 de la décision de la Commission.

(98) Point 71 de la décision de la Commission.

Commission, il s'agissait plutôt d'une décision stratégique d'abandon d'une activité qui ne s'était pas développée conformément aux attentes (99). En conséquence, dans cette espèce, l'argument invoqué était celui du *failing division defence* (100) plutôt que celui du *failing company defence*. La Commission en a déduit que des preuves particulièrement solides étaient requises pour attester de la réunion des conditions de l'absence d'un lien de causalité (101). Selon elle, si tel n'était pas le cas, toute concentration portant sur la cession d'un secteur d'activité prétendument non rentable pourrait être justifiée, du point de vue de la réglementation sur le contrôle des concentrations, par l'annonce du vendeur de son intention de mettre fin à l'activité en question dans l'hypothèse où la concentration ne se concrétiserait pas (102).

23. - Il ressort de cette pratique de la Commission que la doctrine du *failing company defence*, et donc, l'état de faillite imminent de l'entreprise, n'étaient pris en considération dans le cadre de la réglementation communautaire sur le contrôle des concentrations que dans des circonstances véritablement exceptionnelles. Cependant depuis la récente décision qu'elle a rendue dans l'affaire *BASF/Eurodiol/Pantochim* (103), il semble que la Commission ait désormais décidé d'adopter une attitude plus souple à l'égard de l'admissibilité de la *failing company defence*, et donc davantage dans la lignée de la doctrine américaine.

En effet, dans cette décision, la Commission a souligné, et ce pour la première fois, que si la Cour de Justice avait confirmé dans son jugement du 31 mars 1998 l'approche de la Commission dans *Kali*

(99) *Ibid.*

(100) ou « argument du secteur défaillant ».

(101) Voy. Point 71 de la décision de la Commission.

(102) *Ibid.* En l'espèce, la Commission a estimé que l'objection de l'absence d'un lien de causalité n'était pas fondée et a déclaré la concentration incompatible avec le marché commun. Elle a relevé à cette occasion que le seul fait de mentionner des pertes de lancement cumulées de 500 millions à 2 milliards de marks allemands, sans jamais en préciser la composition, ne suffisait pas à prouver la nécessité d'une cessation d'activité. Elle en a profité pour rappeler qu'elle était « très exigeante » quant à la preuve établissant qu'aucun autre acquéreur alternatif n'était envisageable, et que ce degré d'exigence avait été avalisé par la Cour de Justice, elle a constaté que les parties n'avaient indiqué ni les partenaires avec lesquels une reprise de l'entreprise en difficulté avait été négociée, ni les raisons pour lesquelles les négociations n'avaient pas abouti. La Commission a également remarqué que les parties n'avaient pas établi que l'échec de ces négociations était imputable au portefeuille d'abonnés insuffisant de l'entreprise. Voy. aussi, la décision *REWE/Meinl*, aff. IV/M.1221, J.O.C.E. n° L 274/1 du 23.10.1999.

(103) Aff. COMP/M.2314, du 11.07.2001, disponible sur le site internet de la Commission.

und Salz, elle l'avait fait sur base de critères plus larges (104). La Commission en a conclu que, dès lors, les trois critères suivants devaient être désormais pertinents dans le cadre de son appréciation de l'admissibilité de la doctrine du *failing company defense* : a) la disparition future établie de l'entreprise, b) l'absence d'alternative moins dommageable, et c) la disparition inévitable des actifs sur le marché en cas de non-reprise par une autre entreprise (105). En guise de justification, la Commission a également constaté que l'affaire *Kali und Salz* présentait des caractéristiques particulières dans la mesure où seules deux entreprises étaient actives sur le marché en cause : à savoir l'entreprise acquéreur et l'entreprise défaillante ; étant donné cette situation de duopole, l'acquéreur devait inéluctablement, et ce indépendamment de la concentration proposée, absorber la part de marché de l'entreprise en cause. En l'espèce, la Commission a souligné qu'une telle situation de monopole n'allait pas se créer, car la présence de concurrents sur le marché allait empêcher BASF d'absorber l'intégralité des parts de marché de Eurodiol et Pantochim, mais elle n'en a pas pour autant exclu l'application de la doctrine du *failing company defense*. La Commission a en effet estimé qu'il était très probable qu'en l'absence de concentration, les actifs des deux entreprises défaillantes allaient disparaître du marché (106). La Commission a relevé que de cette disparition d'actifs allait résulter une réduction capacitaire critique sur un marché déjà caractérisé par la sous-capacité et une demande inélastique et qu'en conséquence les quantités de produit disponibles allaient être réduites. Elle a considéré que la situation qui allait résulter de la concentration serait, au contraire, plus favorable aux consommateurs (107). A ce jour, la Commission n'a donc admis qu'à deux reprises seulement la théorie de l'entreprise défaillante.

24. - Force est de constater que la doctrine du *failing company defense*, et donc, l'état de faillite imminent de l'entreprise, ne sont

(104) Voy. points 138 et suivants de la décision.

(105) Point 142 de la décision.

(106) Et ce pour trois raisons : tout d'abord, une reprise immédiate de Eurodiol et Pantochim après leur mise en faillite paraissait improbable (notamment dû aux coûts élevés et aux risques environnementaux considérables associés au processus de production utilisé par les entreprises en question. Point 153 de la décision); ensuite, la solution de redémarrage ultérieur des usines apparaissait d'autant moins attrayante aux yeux des investisseurs potentiels en raison des coûts y associés (Point 154 de la décision); enfin il était improbable que des tiers n'achètent des actifs séparés des deux entreprises défaillantes après leur fermeture (Point 155 de la décision).

(107) Points 157 à 163 de la décision.

pris en considération dans le cadre de la réglementation communautaire sur le contrôle des concentrations que dans des circonstances exceptionnelles. Fondamentalement, la faillite d'une entreprise ne permet d'excuser le renforcement d'une position dominante que lorsque celui-ci aurait, en tout état de cause, eu lieu. Ce n'est qu'à ce titre que les préoccupations sociales liées à la faillite des entreprises peuvent être prises en considération. L'état de faillite n'est cependant pas une condition formelle de l'application de cette exception. Il suffit, à cet égard, que la situation économique de l'entreprise soit financièrement irrémédiable.

C. – *Acceptabilité des engagements formulés par les parties à l'opération de concentration*

25. – Une autre illustration de la prise en compte du caractère viable ou non d'une entreprise dans le domaine des concentrations peut être relevée dans le cadre des engagements pris par les entreprises qui sont parties à de telles opérations, lorsque ceux-ci sont nécessaires pour résoudre les effets anti-concurrentiels de ces concentrations. Le recours aux engagements qui est prévu expressément dans le cadre du règlement est de plus en plus fréquent dans la pratique (108). A cet égard, la Commission veille à la santé financière des mesures correctives à un double titre. D'abord, il convient que les éléments cédés constituent « une activité viable qui, si elle est exploitée par un acquéreur approprié, devra pouvoir concurrencer effectivement et durablement la nouvelle entité » (109). Ensuite, il importe que l'acquéreur soit capable d'assurer la viabilité de l'activité cédée dans son ensemble (110). Sur ce point, le droit de la concurrence reconnaît l'état de faillite actuel ou possible comme un élément susceptible d'influer sur l'application efficace du droit de la concurrence.

(108) Voy. L. IDOT, « A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique du droit communautaire et française », *Cahiers de droit européen*, 1999, pp. 569, 570.

(109) Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n° 4064/89 du Conseil et au règlement n° 447/98 de la Commission, *J.O.C.E.*, n° C68/4 du 2.3.2001, paragraphe 14.

(110) *Ibid.*, paragraphes 19 à 21. Voy. à titre d'exemples, les affaires *FCC/Vivendi*, *Astra/Zeneca*. Voy. également le XXIX^e Rapport sur la politique de la concurrence, 1999, pp. 205-206.

D. – *Suspension de l'interdiction de réalisation de la concentration*

26. – En vertu de l'article 7 du règlement, les parties à une concentration ne peuvent réaliser celle-ci pendant toute la durée préalable à l'adoption de la décision de la Commission relative à la compatibilité de la concentration avec le marché commun. Néanmoins, des dérogations sont possibles. A cet égard, le règlement dispose que « la Commission peut, sur demande, octroyer une dérogation aux obligations prévues aux paragraphes 1 et 3 ». La demande d'octroi d'une dérogation doit être motivée. Lorsqu'elle se prononce sur telle demande, la Commission doit prendre en compte notamment les effets que la suspension peut produire sur une ou plusieurs entreprises concernées par une opération de concentration ou sur une tierce partie, et la menace que la concentration peut présenter pour la concurrence (111). Quoique cette disposition ne le prévoit pas expressément, rien n'empêche la Commission de prendre en considération la faillite imminente d'une entreprise, et ses répercussions sociales graves, comme étant un des éléments justifiant l'octroi de la dérogation. Des règles ou pratiques similaires existent dans certains droits nationaux relatifs au contrôle des concentrations. Ainsi, les travaux préparatoires de la Section 41(2) de la loi allemande sur les restrictions de la concurrence (112) font expressément référence à la possibilité de prendre en compte l'état de faillite ou les difficultés financières d'une entreprise pour l'appréciation de la nécessité de déroger à l'interdiction de réaliser une concentration préalablement à l'obtention d'une décision autorisant celle-ci. La pratique administrative aux Pays-Bas va également en ce sens (113).

27. – En conclusion, le règlement et l'application qui en est faite par la Commission accommodent le droit de la faillite à des degrés divers. D'une manière générale, le droit de la faillite n'est pris en considération par le règlement ou par la pratique de la Commission que lorsqu'il permet d'augmenter l'efficacité du règlement et du contrôle, par la Commission, du respect des règles de concurrence.

(111) Article 7 (4) du règlement.

(112) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). Cette section constitue l'équivalent de l'article 7 (4) du règlement européen en droit allemand.

(113) Voir décisions de l'autorité de la concurrence hollandaise n° 1550/*Accell Group - Sparta Rijnvielen - en Motorenfabriek* du 24 septembre 1999 et n° 2015/*Etna - Atag* du 18 juillet 2000.

Ainsi, il est naturel que le curateur ne doive pas notifier son intervention à la Commission lorsqu'il prend le contrôle d'une entreprise pour les besoins de son redressement ou de sa liquidation. De même, afin d'assurer l'efficacité de la concentration, l'existence ou la menace d'un état de faillite ou d'insolvabilité peut, dans certains cas, justifier une dérogation à l'interdiction de réalisation de la concentration dans l'attente de la décision de la Commission. Enfin, les mesures correctives destinées à résoudre les effets anti-concurrentiels d'une concentration sont appréciées notamment au regard de la viabilité financière des activités vendues et de leur acquéreur. Par contre, sur le plan de l'analyse relative à l'impact anti-concurrentiel éventuel d'une opération de concentration (c'est-à-dire la création ou le renforcement d'une position dominante), la Commission n'a, pour ainsi dire, aucun égard aux préoccupations sociales et autres liées à l'état de faillite d'une entreprise.

III. - FAILLITE ET ENTENTES

28. - Un troisième domaine du droit de la concurrence susceptible d'être influencé par la faillite ou la situation économique difficile d'une entreprise est celui du droit des ententes. En vue de mesurer cette influence sur le fonctionnement du droit des ententes, il est opportun de distinguer le stade de la détermination de l'existence de l'entente (A) de celui de la fixation d'amendes qui en résulte (B).

A. - Prise en compte de la situation économique pour la caractérisation de l'entente

29. - En vertu de l'article 81§ 1, sont incompatibles avec le marché commun et interdites toutes ententes susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour effet ou pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Selon une pratique constante dont la Commission ne s'est jamais départie, la prohibition des ententes qui ressort de cette disposition s'applique de manière stricte quelles que soient les circonstances économiques. L'existence de difficultés conjoncturelles ou structurelles qui affectent les entreprises est en soi un motif insuffisant

pour échapper à l'interdiction des accords restrictifs de concurrence. La Commission considère en effet que c'est dans le respect des règles de concurrence que les entreprises doivent faire face aux situations de crise (114). Selon elle, même dans les cas de crises conjoncturelles ou structurelles, le traité CE « veut un régime où la concurrence ne soit pas faussée » et « un tel régime est incompatible avec une situation de marché créée artificiellement ... dans laquelle une transparence anormale élimine certains risques inhérents à la concurrence » (115). Ainsi, en droit de la concurrence européen, ni l'ouverture d'un règlement amiable, ni même celle d'un redressement judiciaire ne suffisent en elles-mêmes à justifier des pratiques restrictives et discriminatoires des entreprises (116).

30. - A la suite de la crise économique du début des années 1980, la question s'est cependant posée de savoir si les circonstances économiques difficiles rencontrées par les entreprises ne pouvaient pas justifier, le cas échéant, l'octroi d'exemptions dans les conditions prévues par le paragraphe 3 de l'article 81 (117).

Ce paragraphe prévoit que l'interdiction des ententes peut être déclarée inapplicable dans les cas où celles-ci remplissent cumulativement les quatre conditions suivantes, à savoir qu'elles : 1) contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique; 2) réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte; 3) n'imposent pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; et 4) ne donnent pas à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

L'attitude de la Commission à l'égard de l'application d'une exemption fondée sur une situation de crise a connu une évolution.

Dans un premier temps, la Commission a purement et simplement refusé d'avoir égard à ces circonstances. Ainsi, dans une affaire de

(114) Voy. *inter alia* les décisions *Parchemin végétal*, aff. IV/29.176, *J.O.C.E.* n° L 70/54 du 13.3. 1978; *Cimbel*, aff. IV/33. 126 et 33. 322, *J.O.C.E.* n° L 303/24. Voy. également M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 587; L. RITTER, et al, *op. cit.*, p. 172.

(115) *Parchemin végétal*, *op. cit.*, point 66.

(116) Pareille observation a été faite par Y. CHAPUT à l'égard du droit de la concurrence français, Y. CHAPUT, « Eléments tenant à l'organisation juridique et judiciaire du placement », *Revue de droit international économique*, 1995, pp. 205, 207.

(117) De manière générale, sur ce thème voy. M. WAELBROECK, *op. cit.*, pp. 586 et s. Voy. également, L. RITTER, et al, *op. cit.*, pp. 172 et s.

1975, la Commission a rejeté la possibilité d'une exemption dans un cas où les sociétés belges utilisatrices de bois d'industrie étaient confrontées à une grave crise économique. La Commission a considéré qu'il n'appartenait pas aux entreprises elles-mêmes d'utiliser des mesures restrictives de concurrence pour combattre la situation de crise. Elle a estimé que « si un marché est en crise et que des mesures de sauvegarde doivent être envisagées », c'est « aux autorités publiques, et le cas échéant à la Commission » d'y procéder (118).

Dans un second temps, la Commission a commencé à exprimer des doutes sur l'opportunité de maintenir une position aussi rigide que celle précédemment adoptée. Les signes révélateurs d'un revirement d'attitude de la Commission apparaissent, notamment, dès son *XII^e Rapport sur la politique de concurrence*. Elle a souligné dans ce rapport, tout d'abord, que des accords restrictifs de concurrence visant à remédier à des surcapacités structurelles pouvaient satisfaire à la condition de l'amélioration de la production figurant au paragraphe 3 de l'article 81, dans la mesure où la réduction des capacités permettait de prévoir une augmentation à long terme de la rentabilité et donc un retour à la compétitivité. Ensuite, elle a relevé que la participation équitable des utilisateurs aux avantages de l'entente pouvait être considérée comme acquise, lorsque grâce à cette entente, ils pouvaient bénéficier d'une structure de l'offre compétitive et économiquement saine. En outre, la Commission a précisé que le caractère indispensable des restrictions prévues par l'entente était assuré dès lors que cette dernière ne portait que sur la réduction des capacités excédentaires et était limitée par avance à la réalisation technique du programme de réduction prévu. Enfin, la Commission a remarqué que les parties à ce type d'ententes n'acquiesçaient pas la possibilité d'éliminer la concurrence, notamment parce qu'elles ne renonçaient pas à toute liberté d'action sur le marché (119).

Dans un troisième temps, la Commission a consacré ces nouvelles orientations dans plusieurs décisions où elle a accordé des exemptions d'ententes au regard de la situation de crise économique dans laquelle se trouvaient les entreprises participantes. Ainsi, dans l'affaire *fibres synthétiques*, la Commission a exempté une entente entre

(118) Bull. CE, 1975/10, n° 2104. Voy. également M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 588.

(119) Voy. *XII^e Rapport sur la politique de concurrence*, points 38 à 41.

producteurs de fibres synthétiques, car le secteur traversait une véritable crise et était confronté à un nombre de plus en plus grand de capacités supplémentaires provoquant des difficultés ou mettant en danger la rentabilité des producteurs (120). Dans la même lignée, la Commission a exempté dans sa décision *Stichting Baksteen* une entente entre producteurs de briques de maçonnerie utilisées dans la construction qui connaissaient des pertes substantielles d'exploitation et pour lesquelles il n'y avait pas de perspective, à moyen terme, d'amélioration durable de la situation (121).

31. — Si la Commission a assoupli sa position dans ce domaine, elle n'en adopte pas moins une attitude restrictive quant au type d'ententes susceptibles d'être exemptées. Les difficultés économiques rencontrées ne peuvent jamais justifier, du moins dans la pratique actuelle de la Commission, des exemptions pour des ententes qui porteraient sur les prix ou sur les quantités produites ou vendues (122). Les seules exemptions admises sont celles sur les accords qui visent à réduire les capacités de production (123).

32. — Malgré sa portée limitée, la pratique de la Commission représente une illustration particulièrement marquante de l'influence des difficultés économiques des entreprises sur le fonctionnement des règles du droit de la concurrence. La Commission n'a pas hésité à infléchir sa position réfractaire traditionnelle pour admettre, en substance, une nouvelle forme d'exemption, fondée directement sur l'état de crise économique que traverse l'entreprise.

33. — Une autre illustration de la prise en compte de la défaillance économique de l'entreprise dans le cadre de l'article 81 peut également être relevée dans le cadre de la pratique de la Commission à l'égard des accords dits de « coopération horizontale ». Ces derniers visent les ententes conclues par des entreprises concurrentes se situant au même niveau du marché et sont en principe interdits en vertu de l'article 81§ 1.

(120) Aff. IV/30.810, J.O.C.E. n° L 207/17, du 2.8.1984.

(121) Aff. IV/34. 456, J.O.C.E. n° L 131/15, du 26.5.1994.

(122) L'affaire dite des *poutrelles* en est une claire illustration. En l'espèce, la Commission n'a pas hésité à infliger des amendes particulièrement lourdes aux entreprises contrevenantes et ce nonobstant le fait que l'entente avait trait au secteur particulièrement sensible de la sidérurgie. Aff. 94/216 CECA, J.O.C.E. n° L 116/1 du 6.5.1994. Voy. également L. IDOT, « Entreprises en difficulté et concurrence : la position du droit communautaire », *op. cit.*, p. 314.

(123) Voy. *Stichting Baksteen*, *op. cit.*

Dans la Communication relative aux *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* (124) qu'elle vient récemment d'adopter, la Commission souligne cependant que par nature, « la coopération entre des entreprises concurrentes qui ne peuvent mener à bien indépendamment le projet ou l'activité visés par la coopération » ne tombe pas sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 81§ 1 (125). En ce qui concerne les accords de production entre concurrents, il est précisé qu'« ils ne tombent pas non plus nécessairement sous le coup de l'article 81. [...] une coopération entre des entreprises qui se font concurrence sur des marchés étroitement liés au marché directement concerné par cette coopération ne saurait être accusée de restreindre la concurrence si elle constitue la seule possibilité commercialement justifiable pour entrer sur un nouveau marché, lancer un nouveau produit ou service ou réaliser un produit déterminé » (126). Cette position s'inscrit dans la lignée de la pratique décisionnelle de la Commission qui tient compte du coût et du risque financier que peuvent parfois représenter la production et/ou la commercialisation d'un produit et qui est basée sur l'idée que ce type d'entente, s'il peut créer des problèmes de concurrence, peut aussi produire des avantages économiques substantiels, dans la mesure où il permet à des produits et/ou services, qui sinon ne seraient pas sur le marché, de voir le jour. L'on peut citer à titre d'exemples les affaires *Euro-tunnel* (127), *Konsortium ECR 900* (128), *Iridium* (129), *Elopakpak/Metal Box-Odin* (130).

Dans la première de ces affaires, la Commission a considéré que les accords ayant été conclus entre entreprises concurrentes en vue de la construction du tunnel sous la Manche reliant la Grande-Bretagne à la France sortaient du champ d'application de l'article 81 sur base du fait que de tels accords « ne restreignent pas la concurrence lorsque les entreprises participantes ne peuvent à elles seules exécuter une commande déterminée » (131).

(124) Ci-après « lignes directrices ».

(125) Point 24 des lignes directrices.

(126) Point 87 des lignes directrices.

(127) Aff. IV/32.437/8, *J.O.C.E.* n° L 311/ 36 du 17.11.1988.

(128) Aff. IV/32.688, *J.O.C.E.* n° L 228/31 du 22.8.1990.

(129) Aff. IV/35.518, *J.O.C.E.* n° L 16/87 du 18.1.1997.

(130) Aff. IV/32.009, *J.O.C.E.* n° L 209/15 du 8.8.1990.

(131) Point 17 de la décision.

Egalement dans l'affaire *Konsortium ECR 900*, la Commission est parvenue à la conclusion qu'un accord de coopération entre les sociétés AEG, Alcatel et Nokia destiné à la mise en place d'un système public européen de télécommunication mobile numérique et cellulaire ne constituait pas une limitation de concurrence sur base du fait que le système nécessitait des investissements « si importants, qu'une action individuelle n'[était]guère concevable » (132).

Dans sa décision *Iridium*, la Commission a estimé que la mise en place d'un système de services mondiaux de communications personnelles par satellite, sortait du champ d'application de l'article 81, eu égard notamment au fait qu'il s'agissait d'un programme complexe présentant un risque considérable et nécessitant des investissements financiers qu'aucune des parties ne pouvait sérieusement réaliser (133).

La Commission a également adopté la même attitude à l'égard d'accords de moins grande envergure comme l'illustre la décision *Elopakpak/Metal Box-Odin*. Dans cette affaire qui était relative à un accord de recherche et de développement en commun d'un nouveau type d'emballage aseptique de produits alimentaires, la Commission a relevé qu'« il était fortement improbable que l'une ou l'autre des parties puisse développer seule le produit » et que la combinaison du savoir-faire des parties aurait pour effet de réduire fortement les risques encourus, ce qui diminuerait les charges financières devant être supportées par les parties (134). Elle en a conclu que l'accord en question n'avait pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun au sens de l'article 81§ 1.

34. - Cette position de la Commission a été confirmée notamment par le célèbre jugement *European Night Services* (135). Dans ce jugement, le Tribunal de Première Instance s'est exprimé en faveur d'une lecture plus souple de l'interdiction édictée à l'article 81§ 1 du Traité, en rappelant que l'appréciation d'un accord au titre de cette disposition devait tenir compte « du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économi-

(132) Point II 2 a) de la décision.

(133) Point 40 de la décision.

(134) Points 24 et 25 de la décision.

(135) *European Night Services e.a. c. Commission*, aff. T-374/94, T-375/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141.

que et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné » (136).

Selon les termes mêmes employés par le Tribunal de Première Instance dans sa décision *M6 et al. c. Commission*, il ne s'agirait cependant pas d'interpréter ce jugement comme consacrant l'existence d'une règle de raison dans le cadre de l'article 81§ 1, en vertu de laquelle il conviendrait de procéder à une mise en balance des effets pro-et anticoncurrentiels d'un accord afin de déterminer si celui-ci tombe sous la prohibition édictée à cette disposition. Selon le Tribunal, telle interprétation priverait de tout effet utile le paragraphe 3 de l'article 85 qui prévoit explicitement la possibilité d'exempter des accords restrictifs de concurrence notamment lorsqu'ils sont indispensables à la réalisation de certains objectifs et ne donnent pas aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (137). Le jugement *European Night Services* s'inscrirait plutôt dans une lignée jurisprudentielle plus large en vertu de laquelle il n'y a pas lieu de considérer « de manière complètement abstraite et indistincte » que toute entente tombe nécessairement sous le coup de la prohibition édictée à l'article 81§ 1 du Traité (138).

Pourtant, depuis l'arrêt *Wouters* qui vient d'être tout récemment rendu par la Cour de Justice (139), l'on peut s'interroger sur la question de savoir si, finalement, une règle de raison n'aurait pas été également adoptée dans le cadre de cette disposition. En l'espèce, le problème a été soulevé à l'occasion de recours introduits par des avocats contre le refus de l'*Arrondissementsrechtbank te Amsterdam* d'annuler des décisions de l'ordre néerlandais des avocats par lesquelles l'ordre refusait d'annuler des décisions de comités de surveillance des ordres des avocats leur interdisant d'exercer leur activité d'avocat en collaboration intégrée avec des experts comptables. Dans son arrêt, la Cour de Justice, après avoir rappelé que tout accord entre entreprises ou toute décision d'association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne

(136) Point 136 du jugement.

(137) Aff. T-112/99, du 18 septembre 2001, (disponible sur le site internet de la Cour de Justice.), points 74, 76 et 77.

(138) Voy. *M6 e.a. c. Commission*, points 75 et s.

(139) Aff. C-309/99 du 19 février 2002 (disponible sur le site internet de la Cour de Justice).

tombaient pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 81§ 1 du Traité, a estimé qu'il y avait lieu tout d'abord de tenir compte « du contexte global » dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause avait été prise ou déployait ses effets, et plus particulièrement de « ses objectifs », et qu'il convenait ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlaient étaient « inhérents à la poursuite desdits objectifs » (140).

35. – Force est de constater, en tout état de cause, que l'ensemble de cette jurisprudence légitime la prise en compte potentielle de la situation économique des entreprises parties à un accord restrictif de concurrence pour justifier un certain assouplissement de l'interdiction stricte énoncée à l'article 81§ 1. Elle confère à la Commission un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sans lui imposer l'obligation de mettre en balance les effets pro – et anticoncurrentiels d'un accord dans le cadre de sa détermination de l'applicabilité de cette disposition.

B. – *Prise en compte de la situation économique pour la fixation d'amendes*

36. – En vertu de l'article 15§ 2 du règlement 17 (141), la Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles commettent une infraction à la règle de prohibition des ententes. Cette disposition précise en outre que pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération la gravité de l'infraction et la durée de celle-ci. En revanche, la disposition ne fait nulle mention de la situation économique de l'entreprise.

37. – Dans sa décision *Céruse*, la Commission n'a pourtant pas hésité à prendre en compte la situation économique particulièrement difficile dans laquelle se trouvaient les parties à une entente,

(140) Point 97 de l'arrêt. Comp. avec les points 76 et 77 du jugement *M6 e.a. c. Commission*, *op. cit.* En l'espèce, la Cour a jugé que le Règlement relatif à la collaboration entre les avocats et d'autres professions libérales adopté par l'ordre néerlandais des avocats n'enfreignait pas l'Article 81§ 1 étant donné que cet organisme avait raisonnablement pu considérer que ladite réglementation, malgré son caractère inhérent restrictif de concurrence, s'avérait nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat.

(141) *Règlement N° 17, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, J.O.C.E.* n° P 13/204 du 21.2.1962, tel que modifié ultérieurement.

pour s'abstenir de leur infliger des amendes en application du règlement 17 (142). En l'espèce, il s'agissait d'une entente entre trois producteurs de céruse (143) qui avaient, et ce pendant plusieurs années, non seulement échangé chaque mois des données relatives aux livraisons de céruse ventilées par pays destinataire, y compris les états membres de la Communauté mais aussi fixé des quotas à l'exportation (144). L'attitude clémente de la Commission peut s'expliquer en l'espèce par le fait que les producteurs en cause étaient les trois derniers survivants des 32 que comptait la Communauté dans les années 1950 et traversaient une période particulièrement défavorable de régression de l'utilisation de la céruse due entre autres à l'apparition de produits de substitution et à l'utilisation de plus en plus rare de bois dans la construction (145).

Dans la même lignée, la Commission a décidé dans les affaires *Parchemin végétal*, *Verre Plat* et *Zinc Producer*, de n'infliger que des amendes modérées aux parties qui avaient enfreint l'article 81, compte tenu de leur situation économique difficile (146).

Cette pratique de la Commission a été confirmée par le Tribunal de première instance dans sa décision *Baustahlgewerbe* (147).

38. - Clairement, la situation économique délicate dans laquelle se trouvent les entreprises qui sont parties à une entente en violation de l'article 81 exerce une influence au stade de l'imposition d'amendes consécutives au constat d'entente illicite. Comme il ressort des décisions précitées, elle peut alternativement conduire la Commission à dispenser les entreprises participantes des amendes ou à modérer leur montant. La décision sera, à nouveau, fonction des circonstances particulières du cas d'espèce, en ce compris le degré de difficulté économique rencontré par les entreprises.

(142) Aff. IV/29.535, *J.O.C.E.* n° L 21/16, du 30.1.1979, point 42. Voy. également M. WAELBROECK, *op. cit.*, pp. 14 et 587.

(143) La céruse ou de carbonate de plomb, est un produit ayant la substance d'une poudre blanche et servant de pigment blanc dans la fabrication, notamment, des peintures antirouille et de protection du bois.

(144) Voy. notamment le point 40 de la décision.

(145) Voy. notamment les points 3 et 8 de la décision.

(146) Respectivement aff. IV/29.176, *op. cit.*; aff. IV/30.350, *J.O.C.E.* n° L 220/27 du 17.8.1984; aff. IV/30.988, *J.O.C.E.* n° L 212/13 du 8.8.1984. Voy. également M. WAELBROECK, *op. cit.*, pp. 14 et 587.

(147) Aff. T-145/89, *Rec.* 1995, p. II-0987, points 55-56.

IV. - FAILLITE ET SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

39. - Les services d'intérêt général constituent l'exception la plus notoire à l'application de règles de concurrence. L'article 86, § 2 du Traité CE dispose que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Le traité prévoit donc une exception explicite à l'application des règles de concurrence lorsque l'application de celles-ci est de nature à affecter leur capacité de mener à bien leurs missions d'intérêt général.

40. - L'incapacité financière d'une entreprise chargée d'une mission d'intérêt général, à remplir celle-ci est principalement l'hypothèse visée par cette disposition. Ainsi, le Traité CE prend en considération l'état de faillite prospectif ou la viabilité financière d'une entreprise comme critère permettant de soustraire une entreprise à l'application des règles de concurrence. La Commission a fait une application particulière de ce principe dans le secteur des télécommunications. La Commission a, par une directive du 28 juin 1990 sur la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (148) libéralisé l'ensemble des services de télécommunications au début des années 1990. Elle a pourtant exclu, dans un premier temps, la libéralisation du service de téléphonie vocale (c'est-à-dire le service téléphonique classique) des services libéralisés au motif qu'elle mettrait en péril l'exécution des missions d'intérêt général des entreprises nationales de télécommunications, comme le confirme le considérant 18 de cette directive (149). Notons que cette exception

(148) *J.O.C.E.* n° L 192/10 du 24.7.1990.

(149) « considérant que l'article 90 paragraphe 2 du traité permet de déroger à l'application des articles 59 et 86 du traité dans les cas où celle-ci ferait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière impartie aux organismes de télécommunications; qu'une telle mission consiste en l'établissement et l'exploitation d'un réseau universel, c'est-à-dire ayant une couverture géographique générale et étant fourni, sur demande et dans un délai raisonnable, à tout fournisseur de services ou utilisateur; que les moyens financiers pour le développement de ce réseau proviennent encore principalement de l'exploitation du service de téléphonie vocale; que, par conséquent, l'ouverture de ce service à la concurrence pourrait menacer l'équilibre financier des organismes de télécommunications; que le service de téléphonie vocale, qu'il soit offert à partir du réseau téléphonique actuel ou faisant partie du service RNIS (réseau numérique à intégration de services), constitue en outre le moyen actuellement le plus important de notification et d'appel des services d'urgence responsables de la sécurité publique »

visé la viabilité financière de l'activité et non de l'entreprise en tant que telle (150).

CONCLUSION

41. - Les finalités des droits de la faillite et de la concurrence sont totalement différentes. Alors que le droit de la faillite protège les intérêts privés des actionnaires, des créanciers et des travailleurs, le droit de la concurrence recherche, au nom de l'intérêt général, le bon fonctionnement du marché. En dépit de ces finalités différentes, on constate que le droit de la faillite, ou plus exactement l'état de faillite ou les difficultés financières d'une entreprises sont prises en considération, à des degrés divers, par le droit de la concurrence.

42. - De prime abord, le droit de la concurrence ne semble pas intégrer l'état de faillite avérée ou future d'une entreprise de manière cohérente. Le régime des aides d'Etat reconnaît, mais dans des conditions très strictes, des aides au sauvetage ou à la restructuration. De même, en matière de concentrations d'entreprises, la pratique de la Commission ne prévoit, pour ainsi dire, aucune exception à l'application des règles de concurrence en cas de faillite. Par contre, la pratique de la Commission et la jurisprudence communautaire reconnaissent l'inapplicabilité de l'article 81 du Traité CE (qui prohibe tout accord anti-concurrentiel entre les entreprises) lorsque un accord entre entreprises permet à celles-ci d'accomplir une activité qu'aucune d'elles ne pourrait exercer séparément. Enfin, l'article 86§ 2 du Traité CE prévoit une exception explicite à l'application des règles de concurrence lorsque celles-ci seraient de nature à mettre en péril la viabilité financière d'une mission d'intérêt général. Ce manque de cohérence suggère un certain opportunisme dans la manière dont le droit de la concurrence intègre la problématique des faillites.

43. - Au-delà de cet opportunisme apparent se dégagent, néanmoins, des principes conducteurs clairs et cohérents :

Premièrement, l'état de faillite tel qu'il est pris en compte par le droit de la concurrence n'est nullement lié à la définition juridique

(150) Sur les modalités d'application de l'exception prévue à l'article 86 du Traité CE, voir également la Communication de la Commission relative aux services d'intérêt général en Europe, *J.O.C.E.*, n° C 17/4 du 19.1.2001.

de la faillite ou du concordat d'une entreprise (c'est-à-dire la situation juridique dans laquelle se trouve une entreprise après d'un jugement déclaratif de la faillite ou d'un jugement le prononcée octroyant le sursis provisoire pour le concordat), mais est appliqué de manière extrêmement souple. Ainsi, les difficultés financières sont prises en compte, à des degrés divers, par le droit de la concurrence, pour en moduler l'application. Par exemple, la simple possibilité que la viabilité financière d'une entreprise chargée de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général soit mise en cause peut justifier une dérogation à l'application des règles de concurrence. De même, en matière d'aides d'Etat, il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire soit effectivement en faillite pour qu'elle puisse invoquer le bénéfice d'une aide à la restructuration. Une conclusion analogue prévaut au niveau de dérogations relatives à l'application de l'article 81§ 1 du Traité CE, dans la mesure où cet article ne s'applique pas aux accords entre concurrents quand l'activité envisagée en commun n'est pas possible (notamment du point de vue de sa viabilité économique). En d'autres termes, le droit de la concurrence ne reconnaît pas la faillite en tant que telle. Il prend en considération, à des degrés divers, les difficultés financières des entreprises, peu importe leur qualification juridique et l'acuité des problèmes financiers rencontrés.

Deuxièmement, tandis que dans la logique du droit de la concurrence communautaire qui vise à l'intégration des marchés dans le respect précisément des règles d'une économie de marché, l'entreprise défaillante est en principe vouée à disparaître, le régime des entreprises en difficulté, lui, est empreint de considérations beaucoup plus diverses telles la protection de l'emploi etc. (151). Ainsi qu'on l'a remarqué, concurrence et faillite constituent tous deux des droits de l'entreprise dont les effets économiques de l'un conduisent à l'élimination des entreprises les plus faibles et dont les finalités de l'autre tendent à leur sauvetage (152). Nous croyons pouvoir conclure que, d'une manière générale, les impératifs sociétaux poursuivis par le droit de la concurrence l'emportent sur ceux défendus par le droit de la faillite. En effet, la nécessité du sauvetage d'un outil industriel au nom d'impératifs sociaux n'est, pour ainsi

(151) Voy. L. IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté », *op. cit.*, pp. 296-297.

(152) Voy. G. FARJAT, « Editorial », *Revue Internationale de droit économique*, 1995, p. 167.

dire, pas pris en considération par le droit de la concurrence – tant sur le plan des aides d'Etats que des opérations de concentration – sauf si elles ont trait à des missions d'intérêt économique général.

44. – Au delà de ces constantes, une différence fondamentale demeure néanmoins en ce qui concerne la reconnaissance par la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes de l'état de faillite d'une entreprise, avéré ou futur, lors de l'application du règlement sur le contrôle des concentrations (que nous apparentons à l'article 82 du Traité CE) et de l'article 81 du traité CE. Dans le premier cas, l'état de faillite de l'entreprise ne permet de justifier aucune dérogation à l'application des règles de concurrence. Dans le second, l'impossibilité économique de mener à bien une mission permet à plusieurs entreprises concurrentes d'éviter l'application pure et simple des règles de concurrence à leur accord, qui serait, d'ordinaire, considéré comme contraire à l'article 81§ 1 du Traité CE.

45. – Enfin, si le droit de la concurrence communautaire sort pour l'essentiel vainqueur de ce choc de cultures juridiques (153), on constate l'émergence d'un mouvement général visant à l'assouplissement de ses règles traditionnelles en vue d'accommoder les préoccupations économiques et sociales particulières qui se manifestent lorsque l'entreprise rencontre des difficultés économiques. Nous en voulons pour preuve l'apparition, somme toute timide, de la théorie de l'entreprise défaillante comme tempérament à l'interdiction de toute concentration dont l'effet est d'occasionner un renforcement de position dominante, ainsi que la pratique administrative de la Commission en matière d'aides d'Etat de sauvetage et de restructuration. Il en va de même de la pratique de la Commission visant à exclure l'application de l'article 81§ 1 du Traité CE aux accords de coopération entre concurrents lorsqu'ils visent à la réalisation d'un objectif qu'aucune entreprise ne serait en mesure de réaliser individuellement. Gageons qu'à l'avenir, une place plus importante sera donnée au droit de la faillite et aux problématiques qu'il suscite par le droit de la concurrence.

(153) Comp. L. IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté », *op. cit.*, pp. 296-297.

FAILLITE ET ENVIRONNEMENT : UNE COEXISTENCE POSSIBLE ?

PAR

STÉPHANE NICOLAS

DIRECTEUR JURIDIQUE À LA SOCIÉTÉ PUBLIQUE
DE GESTION DE L'EAU

ET

ANNA GIBELLO

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

AVANT PROPOS

L'invitation à participer à ce colloque et à délivrer quelques propos sur le thème « faillite et environnement, une coexistence possible ? » doit être replacée dans un contexte spécifique.

En 1999, Th. Bosly et A. Tasiaux rédigeaient un article sous le titre : « *Faillite et droit de l'environnement : une coexistence impossible ?* » (1). Au terme d'un tableau qui dépeignait remarquablement la rencontre entre le droit de l'environnement et le droit de la faillite, les auteurs devaient conclure par ces mots : « *La coexistence entre le droit de la faillite et le droit de l'environnement pose d'importants problèmes théoriques et pratiques (...)* » (2) pour ensuite espérer du Législateur qu'il comble, à la lumière des choix de société, les problèmes sans solution auxquels étaient confrontés à la fois le juge, le curateur de faillite et la collectivité vis à vis d'un passif environnemental d'une part et de la dépréciation de l'environnement de l'autre.

Alors que le Législateur n'a pas (encore) comblé les lacunes constatées en 1999, l'invitation à ce colloque, sur un thème simi-

(1) Th. BOSLY et A. TASIAUX, « Faillite et droit de l'environnement : une coexistence impossible ? », in *Droit commercial, droit des sociétés et environnement questions d'actualité, n° spécial, Amén. Env.*, ed. Kluwer, 1999, pp. 18 et s.

(2) Th. BOSLY et A. TASIAUX, *o.c.*, *Amén. Env.*, 1999, p. 32.