

Contribution de l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence à la consultation publique sur le projet de communiqué relatif aux orientations informelles de l'Autorité de la concurrence en matière de développement durable¹

1 Introduction et remarques générales

1. L'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (l'« **APDC** ») présente ci-après ses observations dans le contexte de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** ») le 21 décembre 2023 relative au projet de communiqué portant sur les orientations informelles de l'Autorité en matière de développement durable (le « **Communiqué** »).
2. Ces observations porteront à la fois sur les aspects procéduraux (2.) et sur les questions de fond (3.) qui appellent quelques clarifications voire des suggestions de modifications, avant de conclure sur l'attractivité de la procédure (4.).

2 Observations concernant les conditions relatives à la procédure de demande d'orientation informelle

2.1 S'agissant de l'identité de l'entité pouvant formuler la demande d'orientation informelle (para. 10 du Communiqué)

3. Le para. 10 du Communiqué prévoit que toute entreprise souhaitant adopter un comportement, unilatéral ou collectif, incluant un accord entre concurrents, peut présenter une demande d'orientation informelle au rapporteur général sous certaines conditions, telles que commentées ci-après.
4. L'APDC considère nécessaire de clarifier la personne / entité qui peut ou doit présenter cette demande dans l'hypothèse de la participation de plusieurs entreprises à un projet (par exemple, pour la création d'un consortium ou pour un projet développé avec la participation - voire à l'initiative - d'un organisme professionnel existant²).

¹ Participants à la contribution : Julie Catala-Marty, Franck Audran, Pierre Zelenko, Charlotte Breuvert, Virginie Carvalho, Johann Chevalier, Constance Chevrete, Renaud Christol, Christophe Clarenc, Charlotte Colin-Dubuisson, Virginie Coursière-Pluntz, Liliana Eskenazi, Guillaume Fabre, Romain Ferla, Sara Gil Garcia, Marta Giner Asins, Adrien Giraud, Alexandre Glatz, Charlotte Hamaide, Clément Hubert, Hélène Joyau, Pauline de Lanzac, Estelle Leclerc, Marie Louvet, Camille Paulhac, Dan Roskis, Patrice Spinosi, Anne-Laure-Hélène des Ylouses, Paul Blin et Bénédicte Raynard.

² Le Communiqué ne fait à aucun moment référence aux organismes professionnels ou aux « associations d'entreprises ». Pourtant, ces organisations peuvent avoir un rôle dans la mise en œuvre de projets collectifs en matière de développement durable. Il serait donc opportun de préciser - à toutes fins utiles - qu'elles ont la possibilité de faire une demande d'orientation informelle, au même titre que les entreprises elles-mêmes.

5. Cette nécessaire clarification porte tout d'abord sur la recevabilité de la demande : une demande peut-elle être formée par exemple, à titre individuel, par une seule entreprise membre du projet ? Au contraire, la demande doit-elle être présentée par toutes les entreprises membres du projet ou par une entité qui a le pouvoir de les représenter ?
6. En pratique et compte tenu des risques qu'une telle démarche peut entraîner, il peut être parfois difficile de trouver un consensus parmi les membres d'un même projet (*a fortiori* si le nombre de parties est important) pour entamer une démarche auprès du rapporteur général de l'Autorité, ou par exemple lorsque le projet est porté au niveau d'une filière professionnelle et pour lequel l'adhésion ou le suivi de la part de tous les participants n'est pas clairement identifié.
7. Par conséquent et afin de préserver la souplesse et l'efficacité de cette procédure, l'APDC suggère que le Communiqué mentionne que le demandeur doit à tout le moins s'efforcer de recueillir l'assentiment de tous les membres participants au projet pour entamer une démarche de demande d'orientation informelle et être capable de fournir la preuve d'un tel assentiment.
8. Cette clarification porte ensuite sur l'opposabilité et la portée de la lettre d'orientation informelle : si la demande n'a été présentée que par une seule entreprise à titre individuel, les autres entreprises parties au projet peuvent-elles bénéficier de l'éventuelle orientation favorable qui pourrait être donnée ou se voir opposer une éventuelle orientation défavorable ?

2.2 S'agissant des modalités de la demande d'orientation informelle

9. A l'instar de la DGCCRF qui accepte de répondre à des demandes informelles d'interprétation présentées de manière anonyme, une interrogation demeure ici concernant la possibilité de présenter une demande d'orientation sous forme anonyme, par l'intermédiaire d'un conseil mandaté par les entreprises participant au projet et agissant comme point de contact.
10. Le para. 16 du Communiqué prévoit d'ailleurs qu'il est possible de discuter de la pertinence d'une éventuelle demande d'orientation informelle en prenant attache avec le rapporteur général. Dans le même sens, le para. 13 de la Communication de la Commission européenne (la « **Commission** ») relative à des orientations informelles³ prévoit qu'avant la présentation formelle de la demande de lettre d'orientation, les entreprises peuvent prendre contact avec la direction générale de la concurrence de la Commission afin de discuter de manière informelle et confidentielle de leur intention.

³ Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles ou non résolues qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (lettres d'orientation), 2002/C 381/07.

11. Afin de renforcer l'attractivité de la procédure pour les entreprises qui envisagent de soumettre une demande d'orientation, en leur donnant un maximum de confort dans leur initiative, l'APDC suggère de laisser ouverte la possibilité de se rapprocher du rapporteur général de manière anonyme et confidentielle, à tout le moins dans le cadre d'une première approche informelle. A cette occasion, l'APDC considère qu'il serait également bienvenu que les parties puissent approcher le rapporteur général pour discuter du moment de demander une lettre d'orientation informelle, en fonction du caractère plus ou moins « avancé » du projet, en cohérence avec le para.16 du Communiqué.
12. De la même façon, afin d'améliorer la bonne coopération entre d'une part, les entreprises et/ou les organismes professionnels et, d'autre part, les services de l'Autorité concernant les interactions entre le droit de la concurrence et les initiatives liées au développement durable, il serait également bienvenu que les entreprises puissent consulter le rapporteur général de manière anonyme et confidentielle sur des questions plus ponctuelles - dans le même esprit que les consultations informelles ouvertes par l'Autorité dans le contexte de la crise sanitaire⁴ - qui ne nécessiteraient pas d'aller jusqu'au dépôt d'une demande formelle d'orientation.
13. L'APDC propose ainsi de :
 - prévoir une disposition selon laquelle, dans le cadre d'un projet collectif, le demandeur doit s'efforcer de disposer du pouvoir de représenter les membres du projet pour déposer une demande d'orientation informelle et doit pouvoir en fournir la preuve si demandé ;
 - prévoir une disposition selon laquelle, dans un tel cas, toutes les parties au projet pourront se prévaloir de la lettre d'orientation informelle ;
 - modifier le para. 16 du Communiqué afin que le contact préalable et/ou une première approche informelle avec le rapporteur général puissent être réalisés de manière anonyme et confidentielle ;
 - prévoir une disposition selon laquelle le rapporteur général est également ouvert à ce que des questions ponctuelles puissent être posées de manière anonyme et confidentielle.

⁴ Voir par exemple [l'éclairage de l'Autorité concernant la compatibilité d'une action d'une association professionnelle concernant les loyers de ses adhérents en temps de crise liée à la Covid-19](#), dans lequel l'Autorité s'était attachée à apporter des réponses informelles et pragmatiques aux demandes présentées par les entreprises qui souhaitaient sécuriser leurs initiatives et avait indiqué qu'elle était « *prête à sécuriser les initiatives vertueuses et à fournir aussi rapidement que possible des conseils informels sur la compatibilité avec le droit de la concurrence d'un projet de coopération qui lui serait présenté* ».

2.3 S'agissant des délais dans lesquels le rapporteur général doit se prononcer (paras. 19 et 23 du Communiqué)

14. Le para. 19 du Communiqué prévoit que le rapporteur général informe les demandeurs « *dans les meilleurs délais* », de ce qu'il entend leur fournir ou non une orientation informelle. Le para. 23 du Communiqué prévoit que le rapporteur général adresse la lettre d'orientation informelle « *dans un délai raisonnable* ».
15. L'APDC est témoin du besoin de prévisibilité des entreprises concernant les différentes étapes permettant l'élaboration de leurs projets. C'est d'autant plus vrai que cette consultation doit intervenir dans un intervalle de temps *limité*, c'est-à-dire sur la base d'un projet suffisamment avancé⁵ mais non encore mis en œuvre.
16. La temporalité et le calendrier de mise en œuvre d'un projet de coopération jouent inévitablement sur sa faisabilité, sur les niveaux d'investissements et de ressources que les entreprises prévoient d'allouer à sa mise en œuvre. Tout manque de prévisibilité pourrait affecter les incitations des entreprises à mener des projets de coopération pourtant considérés comme bénéfiques.
17. Les délais mentionnés ici sont vagues et ne donnent aucune visibilité aux entreprises sur le calendrier de leur projet. Cette rédaction pourrait être vue comme un frein à l'attractivité et à l'efficacité de la procédure.
18. L'APDC propose ainsi de :
 - en ce qui concerne le délai prévu au para. 19 du Communiqué, prévoir un délai maximal de deux semaines, dans lequel le rapporteur général devra indiquer s'il entend fournir ou non une orientation informelle ;
 - en ce qui concerne le délai prévu au para.23 du Communiqué, prévoir que le rapporteur général communique sur les bonnes pratiques qu'il entend mettre en place concernant le calendrier de cette procédure ;
 - une fois la demande acceptée par le rapporteur général, prévoir que ce dernier fera ses meilleurs efforts pour se prononcer dans un délai maximum de trois mois.

2.4 S'agissant des conditions de publication et de confidentialité de la lettre d'orientation informelle (para. 28 du Communiqué)

19. Le para. 28 du Communiqué prévoit que « *les lettres d'orientation informelle sont en principe publiées sur le site internet de l'Autorité, sous réserve de l'accord exprès des demandeurs, notamment en vue de la préservation du secret des affaires* ».

⁵ Communiqué ; para. 10.

20. L'APDC comprend du para. 28 que le demandeur aurait donc la possibilité de s'opposer entièrement à la publication de la lettre d'orientation informelle sollicitée. Il est donc possible que les entreprises s'opposent systématiquement à une telle publication afin de protéger la confidentialité de leur projet.
21. Cette faculté laissée au demandeur pose un problème d'articulation avec le para. 11 du Communiqué qui prévoit que la demande d'orientation informelle ne peut porter que sur « *une question relevant du droit de la concurrence nouvelle ou particulièrement complexe* ». En effet, l'appréciation du caractère nouveau de la question posée implique nécessairement d'avoir accès à la « *pratique décisionnelle* » de l'Autorité en matière d'orientation informelle.
22. L'APDC suggère que le Communiqué maintienne le principe, sauf circonstances exceptionnelles, de la publication des lettres d'orientation informelle. En revanche, les demandeurs devraient avoir la faculté de protéger leurs secrets d'affaires, ainsi que leur identité et le secteur concerné lorsque cela est justifié, en produisant une version non-confidentielle de la lettre, sans faire obstacle à la publication de la lettre d'orientation.
23. Dans ce sens, l'APDC propose à l'Autorité de s'inspirer du para. 22 de la Communication de la Commission relative aux orientations informelles, qui pose le principe de la publication des lettres d'orientation informelle tout en préservant les secrets d'affaires des demandeurs, les parties et la Commission s'étant préalablement mises d'accord sur la version non-confidentielle de la lettre avant sa publication, à l'image de la procédure applicable aux décisions de contrôle des concentrations : « *Les lettres d'orientation seront publiées sur le site web de la Commission en tenant compte de l'intérêt légitime du ou des demandeurs à ce que leurs secrets d'affaires soient protégés. La Commission conviendra avec le ou les demandeurs d'une version publique avant la publication de la lettre d'orientation* ».
24. Enfin, le Communiqué pourrait prévoir un report de la publication de la lettre d'orientation dans les cas où la publicité du projet nuirait à court terme à sa mise en œuvre.
25. Ainsi, l'APDC invite l'Autorité à :
 - aligner le para. 28 du Communiqué sur le para. 22 de la Communication de la Commission relative aux orientations informelles de manière à assurer la publication du contenu des lettres d'orientation informelle ;
 - tout en maintenant, le cas échéant, la confidentialité de l'identité des demandeurs et de leurs secrets d'affaires, voire également du secteur concerné ;
 - permettre au demandeur de solliciter un report de la date de publication de la lettre d'orientation informelle dans le cas où la publicité du projet nuirait à court terme à sa mise en œuvre.

3 Observations concernant les conditions de fond de la demande d'orientation informelle

3.1 Le caractère « *suffisamment avancé* » du projet à soumettre à l'Autorité (para. 10 du Communiqué)

26. Afin de parvenir à un projet de coopération ou de charte « *suffisamment avancé* » de nature à permettre l'obtention d'une orientation informelle de l'Autorité, les entreprises doivent avoir, au préalable, engagé des discussions suffisamment abouties⁶ - la plupart du temps entre concurrents - et donc être déjà suffisamment confiantes sur la conformité de leur projet avant de saisir l'Autorité.
27. Une telle exigence risque de décourager certaines entreprises à entreprendre de nouvelles initiatives supposant un investissement substantiel en termes de ressources internes, s'il y a un risque important de rejet par l'Autorité une fois que le projet est suffisamment abouti. Plus le projet est avancé et abouti, plus il sera difficile de le démanteler si l'Autorité considère finalement que le projet de coopération n'est pas conforme au droit de la concurrence.
28. L'APDC suggère donc que les entreprises aient la possibilité de s'adresser à l'Autorité dès que l'initiative est suffisamment concrète, même si le projet est encore à un stade d'avancement préliminaire, sans pour autant que la question soit hypothétique. Cette option serait ainsi cohérente avec la possibilité de discuter en amont de la pertinence d'une éventuelle demande d'orientation informelle avec le rapporteur général⁷.

⁶ Communiqué, para. 14.

⁷ Communiqué, para. 16.

29. Une telle possibilité s'inscrirait dans la lignée d'autres autorités de concurrence telles que les autorités britannique (la « **CMA** ») et néerlandaise de concurrence (l'« **ACM** »). La CMA peut être consultée à un stade préliminaire après une première auto-évaluation⁸ et elle peut également être consultée (tout comme l'ACM) en amont pour savoir si le projet d'accord pourrait faire l'objet d'une orientation informelle⁹. L'ACM quant à elle, peut être consultée lorsque l'initiative est suffisamment concrète, de préférence à un stade préliminaire, notamment si les entreprises ont des doutes sur la manière de procéder à l'auto-évaluation de leur projet ou sur la fiabilité de leur évaluation¹⁰.

30. À défaut, l'APDC invite l'Autorité à préciser davantage la notion de projet « *suffisamment avancé* ».

3.2 La condition de la nouveauté de la question posée ou de son caractère complexe (para. 11 du Communiqué)

31. L'APDC craint que les critères imposés par l'Autorité ne soient trop restrictifs et compliqués à analyser en pratique.

32. Tout d'abord, s'agissant du caractère nouveau. Il semble que les avis de l'Autorité ne feront, en principe, pas l'objet d'une publication systématique¹¹. Si une telle publication n'a pas lieu, les entreprises parties au projet seront dans l'impossibilité de savoir si la question a déjà été traitée par l'Autorité (voir paras. 19 à 25).

33. Ainsi, les entreprises pourraient s'engager dans des discussions longues et complexes afin de convenir des termes d'un accord de coopération, pour finalement être informées par l'Autorité que la question a déjà été traitée. Cela entraîne un risque important pour la sécurité juridique, dans l'hypothèse où l'Autorité pourrait refuser de traiter une demande qui a fait l'objet d'une orientation non publiée. Par ailleurs, même dans les cas ayant fait l'objet d'une publication, le niveau de sécurité juridique ne sera pas le même entre les entreprises ayant reçu formellement un avis et celles qui ne pourront compter que sur la proximité de leur cas avec celui ayant reçu un avis, chaque projet de coopération étant par nature différent.

⁸ CMA, « *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements* », 12 octobre 2023, para. 7.5: « *We would typically expect businesses to approach the CMA at an early stage in the development of an environmental sustainability agreement, having first conducted an initial self-assessment of their agreement following the principles set out in this Guidance as informed by the examples included in this Guidance* » (soulignement ajouté).

⁹ CMA, « *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements* », 12 octobre 2023, para. 7.7: « *Businesses may also approach the CMA in advance of this if they wish to explore whether an agreement is something the CMA would, in principle, be willing to consider providing informal guidance on. The CMA may, at its discretion, consider draft submissions and provide feedback to businesses if this is likely to help to improve the efficiency of the open-door process in a particular case* ».

¹⁰ ACM, « *ACM's oversight of sustainability agreements* », 4 octobre 2023, para. 26: « *Undertakings that are unsure about how to conduct their self-assessment, about the reliability of their assessment, or about the question whether ACM would investigate their agreement with a view to paragraph 3 of this document can contact ACM about this. Preferably at an early stage, provided the initiative is sufficiently concrete* » (soulignement ajouté).

¹¹ Communiqué, para. 28.

34. Ensuite, l'APDC considère que le critère de « *complexité* » de la question posée est trop subjectif, bien qu'il offre un champ plus large que le critère des questions « *non résolues* » de la Commission¹².
35. Afin de traiter les risques identifiés ci-dessus, l'APDC propose, sur le modèle de la CMA et de l'ACM, d'élargir le champ d'application de la saisine. En effet, les orientations informelles de la CMA et de l'ACM ne se limitent pas aux seules questions nouvelles ou complexes : la CMA peut être saisie pour fournir des orientations informelles en cas d'incertitudes sur l'application des lignes directrices relatives aux accords de durabilité¹³ et l'ACM peut être saisie en cas de doutes quant à la manière de procéder à l'auto-évaluation, la fiabilité de l'auto-évaluation réalisée par les entreprises ou sur la compatibilité du projet au droit de la concurrence¹⁴.
36. Cet élargissement des projets pouvant faire l'objet d'une demande d'orientation offrirait davantage de sécurité juridique aux entreprises et limiterait les risques d'interventions *ex post* de l'Autorité pour des projets pour lesquels les entreprises avaient un doute sur la compatibilité du projet au droit de la concurrence mais n'ont pas pu consulter l'Autorité.

3.3 L'exclusion des coopérations en matière agricole (*para. 12 du Communiqué*)

37. Le Communiqué ne semble pas autoriser la demande d'une orientation informelle concernant un projet d'accord relevant de l'article 210 bis du règlement n°1308/2013 du 17 décembre 2013 (« **Règlement OCM** »). L'Autorité indique en effet « [qu']*en matière agricole, les demandes ne doivent [...] pas porter sur un projet d'accord entrant manifestement dans le champ d'application de l'article 210 bis du règlement OCM* ». L'Autorité semble justifier cette exclusion par le fait que « *le législateur européen a prévu une voie spécifique, auprès de la Commission, pour obtenir une évaluation des projets d'accords visés par cette disposition* »¹⁵.

¹² Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles ou non résolues qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (lettres d'orientation), 2002/C 381/07, para. 5.

¹³ Notamment si les entreprises ont des questions ou préoccupations qui ne sont pas traitées dans les lignes directrices ou pour obtenir des éclaircissements ou du confort sur la manière dont les lignes directrices seraient appliquées dans un cas particulier ; voir CMA, « *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements* », 12 octobre 2023, para. 7.3: « *Therefore, the CMA is operating an open-door policy whereby businesses considering entering into an environmental sustainability agreement can approach the CMA for informal guidance on their proposed agreement if there is uncertainty on the application of this Guidance. This could be because businesses have questions or concerns that are not covered by this Guidance or in order to seek clarity or comfort on how this Guidance will be applied in the particular circumstances* ».

¹⁴ ACM, « *ACM's oversight of sustainability agreements* », 4 octobre 2023, para. 26: « *Undertakings that are unsure about how to conduct their self-assessment, about the reliability of their assessment, or about the question whether ACM would investigate their agreement with a view to paragraph 3 of this document can contact ACM about this. Preferably at an early stage, provided the initiative is sufficiently concrete* ».

¹⁵ Communiqué, para. 12.

38. Cependant, il est à noter que les entreprises peuvent en toute hypothèse engager un dialogue avec la Commission avant la mise en œuvre d'un projet qui promeut des objectifs de développement durable, comme mentionné dans les nouvelles lignes directrices horizontales¹⁶ renvoyant à la communication de la Commission sur les lettres d'orientation.
39. Par conséquent, l'APDC ne comprend pas la raison pour laquelle les projets de coopération agricole sont traités différemment des autres accords qui visent des objectifs de développement durable.
40. Elle regrette que les projets de coopération en matière agricole, qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le territoire français, soient exclus du Communiqué, alors que l'Autorité serait vraisemblablement mieux placée que la Commission pour les analyser.
41. Une telle analyse serait d'autant plus pertinente que l'Autorité possède un pouvoir d'intervention *ex post* à l'encontre des accords de coopération en matière agricole qui contreviendraient aux articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») et L.420-1 du Code de commerce. Il serait donc logique que l'Autorité puisse également intervenir *ex ante* pour statuer sur la validité de tels accords en présence de doutes quant à leur conformité avec le droit de la concurrence.

3.4 L'exclusion de la possibilité de demander une orientation informelle portant sur « un projet identique ou similaire [qui] fait l'objet d'une enquête en cours par l'Autorité ou par une autre autorité de concurrence » et la déclaration qui doit accompagner la demande (paras. 13 et 14 du Communiqué)

42. L'APDC considère que la notion d'« *enquête en cours* » telle que définie dans le Communiqué est trop imprécise sous deux aspects :
 - le champ d'application matériel : cette notion se limite-t-elle exclusivement aux enquêtes de concurrence pour infractions aux articles 101/102 du TFUE et aux articles L.420-1/420-2 du Code de commerce ? Ou bien inclut-elle également les enquêtes sectorielles menées dans le cadre de la publication d'un avis, ou encore une analyse en cours concernant une autre demande d'orientation ?
 - le champ d'application géographique : cette notion s'applique-t-elle uniquement aux autorités de concurrence membres du Réseau européen de concurrence susceptibles de faire l'objet de consultation par l'Autorité¹⁷ ou à toute autorité de concurrence à travers le monde ?

¹⁶ Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontales, 1^{er} juin 2023, para. 515.

¹⁷ Communiqué, para. 21.

43. Par ailleurs, l'APDC s'interroge quant aux moyens de connaître l'existence d'une ou plusieurs enquêtes en cours, qui sont par nature secrètes, qui plus est lorsque ces enquêtes sont réalisées par d'autres autorités de concurrence.
 44. En conséquence, l'APDC suggère que la définition de la notion d'« *enquête en cours* » soit précisée afin de lever toute ambiguïté.
- 3.5 Exclusion de la possibilité de demander une orientation informelle portant sur un projet qui fait « l'objet d'un examen au titre d'une demande similaire d'orientation informelle par une autre autorité de concurrence ou par un régulateur sectoriel » (paras. 13 et 14 du Communiqué)**
45. Le para. 14 du Communiqué prévoit que le demandeur doit fournir au rapporteur général « *une déclaration indiquant si, à la connaissance des demandeurs, le projet ou un projet similaire fait l'objet d'un examen par une autre autorité membre du Réseau européen de la concurrence ou par un régulateur sectoriel* ».
 46. Ce point fait écho au para. 13 du Communiqué selon lequel une « *orientation informelle ne peut être envisagée lorsque (...) le projet fait déjà l'objet d'un examen au titre d'une demande similaire d'orientation informelle par une autre autorité de concurrence ou par un régulateur sectoriel* ».
 47. L'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur le fait que la nature transfrontalière de certains projets de coopération pourrait nécessiter *de facto* la consultation de plusieurs autorités de concurrence, pour obtenir du confort sur la conformité du projet dans chacune des juridictions concernées. Il est primordial que les entreprises impliquées dans le projet aient la possibilité de consulter toutes les autorités nationales potentiellement compétentes pour se prononcer sur celui-ci.
 48. Par ailleurs, si l'APDC admet que le rapporteur général puisse tenir compte de la position d'une autre autorité de concurrence lorsqu'il rend sa lettre d'orientation informelle, elle conteste toutefois que l'Autorité puisse être liée par cette position.
 49. En outre, l'APDC estime que le fait qu'un projet donné puisse éventuellement faire l'objet d'un examen par un régulateur sectoriel ne fait pas nécessairement obstacle, dans tous les cas, à la possibilité pour le rapporteur général d'apprécier la compatibilité du projet envisagé avec les règles de concurrence au regard des objectifs de développement durable poursuivis, surtout si les missions du régulateur sectoriel sont éloignées des préoccupations concurrentielles.
 50. Ainsi, l'APDC suggère de supprimer ce point du para.13.

51. Dans le cas où l'Autorité viendrait à ne pas supprimer ce point, l'APDC s'interroge (comme mentionné précédemment) sur les modalités permettant de vérifier l'existence d'un examen en cours pour une demande d'orientation informelle soumise à une autre autorité de concurrence. Elle souhaite aussi savoir quelles sont les autorités de concurrence spécifiquement visées par le Communiqué. Est-il question uniquement des autorités des Etats Membres de l'Union européenne ? Enfin, si cette exclusion est maintenue, cela signifie-t-il que l'Autorité se rangerait à l'avis exprimé dans l'orientation informelle fournie par une autre autorité ou régulateur ? Si tel est le cas, le texte devrait le préciser¹⁸.
52. Ainsi, l'APDC suggère de modifier les paras. 13 et 14 du Communiqué :
- afin de préciser quelles sont les autorités de concurrence spécifiquement visées par le Communiqué ;
 - afin de permettre au rapporteur général de rendre une orientation informelle sur un projet, alors même que ce projet a fait l'objet (ou fait l'objet) d'un examen par une autre autorité de concurrence ;
 - le rapporteur général pourrait toutefois tenir compte de la position de cette autre autorité dans sa lettre d'orientation informelle sans pour autant être lié par elle ;
 - atténuer la référence au « *régulateur sectoriel* » dont la position n'apparaît pas systématiquement pertinente (ou uniquement à titre informatif) dans cette procédure.

3.6 Exclusion de la possibilité de faire une demande d'orientation informelle lorsque celle-ci « ne pourrait être formulée qu'après une enquête approfondie » (para. 13 du Communiqué)

53. L'APDC considère que la notion d'« *enquête approfondie* », telle qu'utilisée dans le Communiqué, manque de clarté. L'APDC s'interroge sur le point de savoir si cette notion se réfère à l'ouverture d'une procédure d'instruction par l'Autorité en cas de doute quant à la conformité du projet de coopération aux règles de concurrence. Dans ce cas, l'APDC réitère l'importance de pouvoir engager les démarches auprès de l'Autorité le plus tôt possible et de ne pas se limiter à des projets « *suffisamment avancés* » (cf. paras. 26 à 30 ci-dessus).

¹⁸ Ce d'autant plus que les précédents vont dans un sens contraire – par exemple, dans l'affaire Stihl (Décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture), l'Autorité a refusé de tenir compte des positions des autorités allemande, suédoise et suisse. De même, selon la jurisprudence de la Cour de justice, la prise de position d'un régulateur sectoriel, même lorsqu'il valide une pratique sous l'angle de la régulation sectorielle, n'empêche pas l'autorité de concurrence de sanctionner cette pratique au regard des règles de concurrence (v. p.ex. Arrêt de la Cour du 14 octobre 2010 Deutsche Telekom / Commission C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603).

54. Si cette notion d'« *enquête approfondie* » se réfère, au contraire, à la nécessité de mener une analyse « trop » approfondie par l'Autorité pour être en mesure de fournir sa demande d'orientation, alors ceci serait en contradiction avec l'exigence tenant au caractère complexe de la question posée.
55. L'APDC propose donc que le Communiqué précise ce que recouvre exactement la notion d'« *enquête approfondie* ».
- 3.7 S'agissant de l'analyse que le demandeur doit fournir quant à la compatibilité du projet envisagé avec les règles de concurrence (paras. 11 et 14 du Communiqué)**
56. Au titre des informations et documents listés au para. 14 du Communiqué, le demandeur doit fournir au rapporteur général « *l'analyse qui est faite du projet quant à sa compatibilité avec les règles de concurrence* ».
57. L'APDC s'interroge sur le niveau de précision de l'analyse attendue par l'Autorité.
58. En effet, l'intérêt du Communiqué est de permettre à une entreprise de se tourner vers l'Autorité lorsqu'elle s'interroge sur la compatibilité du projet envisagé avec les règles de concurrence.
59. Or, ce projet doit, aux termes du para. 11 du Communiqué, soulever des questions de concurrence nouvelles ou particulièrement complexes. Dans ce contexte, le(s) demandeur(s) pourrai(en)t avoir du mal à mener une analyse substantielle du projet en question et ensuite à se positionner sur la conformité au droit de la concurrence.
60. L'Autorité pourrait s'inspirer de la solution retenue par la Commission qui prévoit au para. 12 de sa Communication relative aux orientations informelles que le demandeur se limite à présenter une « *appréciation préliminaire* » quant à « *l'application des articles 101 ou 102 du TFUE* » aux questions soulevées par son projet. Elle pourrait par ailleurs prévoir que le périmètre et le contenu de l'analyse préliminaire à fournir par le demandeur soient proportionnels à sa taille et ses ressources. Cette analyse devrait également être strictement limitée à l'instruction de la demande d'orientation informelle et ne saurait en aucun cas être utilisée dans le cadre d'une procédure contentieuse.
61. Ainsi, l'APDC invite l'Autorité à amender le Communiqué de telle sorte que :
- le demandeur n'ait à fournir au rapporteur général qu'une « *analyse préliminaire* » quant à l'application du droit de la concurrence au projet envisagé ;
 - le niveau d'analyse préliminaire à fournir par le demandeur soit proportionné à sa taille et ses ressources ;
 - l'analyse fournie par le demandeur ne puisse être utilisée dans une procédure contentieuse.

3.8 Clause de réexamen (para. 26 du Communiqué)

62. Le para. 26 du Communiqué prévoit que « *la lettre d'orientation informelle ne vaut qu'au regard des seules circonstances de fait et de droit relatives au projet existant au moment où cette lettre est signée* ».
63. Cette condition, si elle apparaît justifiée, pourrait générer une insécurité juridique pour les demandeurs en ce que les circonstances de fait et de droit sont susceptibles d'évoluer dans ce type de projet.
64. L'Autorité pourrait s'inspirer de la solution retenue par la Commission au para. 21 de sa Communication relative aux orientations informelles, qui prévoit que « *la Commission peut, dans une lettre d'orientation, fixer une date limite pour son application ou préciser que la lettre d'orientation est fondée sur l'existence ou l'absence de certaines circonstances factuelles* ». Cette position limite l'insécurité juridique liée aux changements de circonstances en déterminant, dans la lettre, les circonstances précises en l'absence desquelles la lettre devient caduque.
65. Enfin, le Communiqué pourrait prévoir qu'en cas de changement de circonstances, le bénéficiaire d'une lettre d'orientation informelle ait accès à une procédure accélérée auprès du rapporteur général pour avoir confirmation que les conclusions de la lettre à l'égard de son projet sont toujours valides.
66. Ainsi, l'APDC invite l'Autorité à :
- aligner le para. 26 du Communiqué sur le para. 21 de la Communication de la Commission relative aux orientations informelles ;
 - prévoir que, lorsque le bénéficiaire d'une lettre d'orientation informelle estime que les circonstances dans lesquelles la lettre a été rendue ont changé, il peut bénéficier d'une procédure de demande simplifiée / accélérée auprès du rapporteur général, afin que celui-ci confirme les conclusions de sa lettre d'orientations informelles à l'égard du projet en cause ou, au contraire, indique que le projet doit faire l'objet d'une nouvelle demande d'orientation informelle.

3.9 La valeur juridique des orientations informelles

67. L'APDC regrette, tout d'abord, l'absence de garanties suffisantes pour les entreprises de ne pas être sanctionnées ultérieurement si l'Autorité indique dans son orientation informelle que le projet en cause n'est pas susceptible de soulever des problèmes de concurrence. De surcroît, dans la mesure où les entreprises doivent attendre que le projet de coopération soit suffisamment avancé avant de le soumettre à l'Autorité, cela implique en pratique qu'elles aient déjà suffisamment de confort pour porter le projet à l'attention de l'Autorité. Or, dans une telle hypothèse, le seul intérêt d'effectuer une demande à l'Autorité ne peut viser qu'à

renforcer le niveau de sécurité juridique déjà acquis, ce qui n'apparaît pas être le cas si l'orientation émise par l'Autorité n'a qu'une portée limitée.

68. En cas de lettre d'orientation favorable, cette dernière précisera « *qu'au regard des éléments communiqués, il n'y a pas lieu, en l'état, d'ouvrir une enquête ni de proposer, si le projet devait se concrétiser dans les conditions exposées au rapporteur général, la saisine de l'Autorité* »¹⁹. Toutefois, bien que la lettre d'orientation soit opposable au service d'instruction, elle ne l'est pas au collège de l'Autorité²⁰. L'Autorité pourrait donc aller plus loin en créant davantage de sécurité juridique pour les entreprises et donc d'effet incitatif, en s'inspirant de l'ACM²¹ et la CMA²², qui, en cas d'orientation informelle favorable, exemptent d'amendes les entreprises parties au projet de coopération en question.
69. L'APDC s'interroge ensuite sur le statut juridique :
- de l'orientation informelle adoptée par l'Autorité si les parties décident finalement d'adopter une solution différente de celle expressément mentionnée dans l'orientation ; et
 - des éventuelles conditions attachées aux orientations informelles, par exemple si le rapporteur général subordonne la conformité au droit de la concurrence du projet à des conditions spécifiques.
70. Il serait donc souhaitable que le Communiqué clarifie ces deux aspects afin d'offrir une sécurité juridique accrue.

4 Attractivité de la procédure

71. L'initiative d'une telle procédure doit être saluée et encouragée, dès lors qu'elle a vocation à améliorer la sécurité juridique des entreprises dans l'élaboration de leur projet en matière de développement durable.

¹⁹ Communiqué, para. 25.

²⁰ Communiqué, para. 27.

²¹ ACM, « *ACM's oversight of sustainability agreements* », 4 octobre 2023, para. 40: « *In principle, ACM will not impose fines on undertakings that (i) have submitted their sustainability agreement to ACM and (ii) with regard to which ACM has indicated that it does not appear to be in breach of the competition rules, even if it later turns out that the agreement is not compatible with the competition rules. The same applies if ACM has indicated that no further investigation will be conducted, if it later turns out that the criteria required for this are not met after all* ».

²² CMA, « *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements* », 12 octobre 2023, para. 7.13: « *The CMA does not expect to take enforcement action in relation to an agreement which was discussed with the CMA in advance under the open door policy and where the CMA did not raise concerns (or where any concerns that were raised by the CMA have been addressed by the parties). However, if in the future we were to conclude that further consideration of the agreement was necessary the CMA would not issue fines against the parties that had implemented the agreement if it were to subsequently conclude that the agreement infringed the Chapter I prohibition of the Competition Act 1998* ».

72. Toutefois, la procédure doit trouver un équilibre plus satisfaisant entre la préservation des ressources de l'Autorité qui y seront allouées (l'objectif n'étant pas d'instaurer un contrôle *ex ante* des projets) et le besoin des entreprises de recevoir des réponses à leurs questions (cf. par exemple les délais vagues et non contraignants qui sont prévus).
73. Certaines dispositions du Communiqué en son état actuel risquent de faire peser un risque juridique disproportionné sur les entreprises qui décideraient de déposer une demande au détriment de l'attractivité de cette procédure (cf. par exemple la liste très longue d'informations requises pour l'appréciation demandée, l'absence d'assurance que ces informations ne seront pas utilisées dans une procédure d'enquête ultérieure contre les entreprises demanderesses et l'absence d'engagement de l'Autorité qu'elle n'ouvrira pas d'enquête à l'encontre des entreprises ou organismes ayant fait la démarche de soumettre leur projet à l'Autorité).
