

## **Observations de l'AFEC sur le projet de communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif aux orientations informelles de cette dernière en matière de développement durable**

**Février 2024**

L'Association française d'Étude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de texte de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC<sup>1</sup>, a été constitué pour présenter les observations figurant ci-après en réponse à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) concernant son projet de communiqué relatif aux orientations informelles de l'Autorité en matière de développement durable (le « Projet de Communiqué »).

### **Introduction**

Le 22 décembre 2023, l'Autorité a lancé une consultation publique sur le Projet de Communiqué visant à permettre aux entreprises de bénéficier d'orientations informelles quant à la compatibilité de leurs projets intégrant un objectif de développement durable avec les règles de concurrence. Dans ce contexte, elle a rappelé que la manière dont le droit de la concurrence peut appréhender les enjeux du développement durable est un point d'intérêt majeur pour son institution. Le développement durable constitue en effet l'une des priorités de l'Autorité, inscrite à sa feuille de route 2023-2024.

L'AFEC salue cette initiative de l'Autorité qui a élaboré un document synthétique de 5 pages, ayant pour objectif d'offrir aux entreprises un cadre procédural déterminant les conditions dans lesquelles elles pourront formuler une demande portant sur l'appréciation de la compatibilité de leurs projets tendant à atteindre un objectif de développement durable avec le droit de la concurrence.

L'AFEC souhaite toutefois soumettre à l'Autorité certaines observations sur les dispositions prévues par le Projet de Communiqué, tout en restant disponible pour échanger sur les propositions formulées ci-après. Ce projet soulève en effet des enjeux juridiques importants, en particulier en ce qui concerne les conditions définies par le Projet de Communiqué pour former une demande d'orientation informelle (1), la procédure prévue pour le traitement de la demande d'orientation informelle (2) et, enfin, la portée et la publicité de la lettre d'orientation informelle (3).

---

<sup>1</sup> Le groupe de travail a été constitué à l'initiative de l'AFEC Jeunes et ses travaux ont été coordonnés par Anthony Gioé de Stefano (Squair) et Ines Chaaba (Equinoxe avocats). Il comprenait les membres suivants : Michel Ponsard (UGGC), Sophie Lachaud (Prôreus Avocats), Maud Boukhris (Willkie Farr & Gallagher LLP), Marwan Ben Moussa, Jugwal Doyen (Addleshaw Goddard), Marlène Warolin (Vestas), Noémie Bomble (Allen & overy), Salomé Le Normand (Artlex), Ridhwane Allouche, Arnaud Barradon, Sara Harradi, Sandro Lanna et Lia-Madina Sylla (UGGC).

SYNTHESE DES PRECONISATIONS DE L'AFEC		
Points concernés du Projet de Communiqué	Préconisations	
<b>1/ Conditions pour former une demande d'orientation informelle</b>	<b>Alinéa 2, point 10</b>	Modifier les critères actuellement définis afin de permettre aux entreprises d'adresser une demande au rapporteur général « <i>si possible, à un stade précoce</i> » de leur projet.
	<b>Alinéa 4, point 10</b>	Prévoir un <u>seuil</u> (exprimé en chiffre d'affaires) au-dessus duquel un projet serait considéré comme ayant « <i>potentiellement un impact sur tout ou partie du territoire français</i> ».
	<b>Point 11</b>	Assouplir les conditions de dépôt d'une demande d'orientation informelle fixées au point 11 du Projet de Communiqué.
	<b>Alinéas 2 et 3, point 13</b>	S'assurer que les entreprises auraient véritablement la capacité de vérifier si la double condition visée à ces alinéas peut être remplie par leur projet, en accédant aux informations nécessaires à cette fin.
	<b>Alinéa 4, point 13</b>	Supprimer la possibilité d'ouvrir une enquête approfondie.
	<b>Point 14</b>	Indiquer que les données transmises par les entreprises seront automatiquement considérées comme <u>protégées au titre du secret des affaires</u> et détruites ou restituées à l'issue de la procédure de demande d'orientation informelle.
	<b>Alinéa 6, point 14</b>	Préciser le contenu et l'étendue de l'analyse concurrentielle devant être fournie par les entreprises lors du dépôt de leur demande d'orientation informelle.
<b>2/ Procédure de traitement de la demande d'orientation informelle</b>	<b>Point 16</b>	Fournir des exemples d'informations indispensables devant être transmises par les demandeurs pour permettre au rapporteur général de se prononcer sur la " <i>pertinence</i> " d'une demande d'orientation informelle.
	<b>Points 17</b>	Prévoir que la réception d'une demande d'orientation informelle ne fera l'objet d'aucune publicité par l'Autorité (en particulier sur son site Internet).
	<b>Point 18</b>	Indiquer que la décision du rapporteur général relative à " <i>l'opportunité</i> " d'examiner ou non une demande d'orientation informelle devra être transmise par écrit aux demandeurs et contenir une motivation succincte.
	<b>Point 19</b>	Prévoir que le rapporteur général communiquera aux entreprises, dans <u>un délai de cinq jours ouvrés</u> à compter du dépôt de leur demande d'orientation informelle, l'identité du rapporteur chargé d'apprécier l'opportunité de l'examiner.
	<b>Point 20</b>	Remplacer le terme « solliciter » par le terme « inviter ».

	<b>Point 21</b>	Prévoir que la demande de partage d'informations adressée par le rapporteur général aux demandeurs devra contenir certaines informations prédéfinies et garantir la protection des données stratégiques des demandeurs partagées avec d'autres autorités publiques. En outre, en cas de sollicitation de l'avis d'une autre autorité publique, une telle demande de partage ne devrait pas rallonger la durée de la procédure d'examen de la demande d'orientation informelle de plus de <u>15 jours ouvrés</u> .
<b>3/ La portée et la publicité de la lettre d'orientation informelle</b>	<b>Point 23</b>	Définir un délai maximum d'examen de la demande (par exemple, <u>25 jours ouvrés</u> ).
	<b>Point 24</b>	Indiquer que la lettre rédigée par le rapporteur doit être suffisamment motivée afin d'éclairer les parties sur la conduite à tenir.
	<b>Point 25</b>	D'une part, préciser que l'ouverture d'une enquête ou la saisine de l'Autorité doit être exclusivement subordonnée à la réunion de certaines conditions (survenance de faits nouveaux ou de circonstances de droit ou de fait nouvelles) et, d'autre part, prévoir une procédure de restitution des informations volontairement transmises par les entreprises en cas de retrait de la demande d'orientation.
	<b>Point 26</b>	Ajouter une condition supplémentaire à la possibilité de l'ouverture d'une enquête <i>a posteriori</i> de l'établissement d'une lettre d'orientation informelle, en indiquant que les faits nouveaux ou circonstances de fait ou de droit nouvelles la motivant doivent être susceptibles d'avoir un effet important sur l'appréciation des effets anticoncurrentiels de l'accord.  En outre, à l'instar des règles prévues par la Commission européenne, exclure la possibilité pour le bénéficiaire d'une lettre d'orientation informelle de se voir sanctionner en cas d'ouverture d'une enquête lorsque les faits ou circonstances nouvelles l'ayant motivée relèvent de facteurs indépendants de son fait et qu'il a continué à mener le projet dans les conditions exigées par le rapporteur au moment de l'établissement de la lettre.
	<b>Point 27</b>	Indiquer que la lettre d'orientation lierait <i>a minima</i> le Collège en l'absence de faits nouveaux / circonstances de droit ou de fait nouvelles, par exemple au travers d'un processus de validation par le Collège.
<b>Point 28</b>	Prévoir qu'une entreprise ne donne son accord pour la publication de son projet qu'après avoir été informée par le rapporteur général du contenu de la lettre d'orientation informelle (la procédure de confidentialisation des informations liées au secret des affaires devant être précisément délimitée)	

## 1. Les conditions de formation d'une demande d'orientation informelle

### 1.1. En ce qui concerne les conditions positives définies par le Projet de Communiqué

- (1) Le point 10 (alinéa 2) du Projet de Communiqué indique que toute entreprise peut présenter une demande d'orientation informelle lorsque son projet est, notamment, « *suffisamment avancé* », sans être ni « *purement hypothétique* » ni « *déjà mis en œuvre* ».
- (2) A cet égard, l'AFEC considère que ces conditions pourraient, en l'absence de précisions supplémentaires, poser des difficultés d'interprétation aux entreprises. Au-delà de ces difficultés, contraindre les entreprises à ne consulter l'Autorité qu'à propos d'un projet « **suffisamment avancé** » est susceptible de réduire l'effectivité de la procédure de demande d'orientation informelle.
- (3) En ce qui concerne la difficulté d'interprétation des conditions susvisées, l'AFEC estime qu'un projet est, par son essence même, susceptible d'évolution, et ce parfois de manière très aléatoire. Un projet que l'on pensait arriver à maturité peut, par exemple, en raison de contraintes techniques ou pour des motifs externes aux parties, revenir à un stade plus précoce, voire redevenir purement « *hypothétique* ». Ces cas d'espèce sont très fréquents dans le monde de l'entreprise. Lorsqu'elles évalueront si leur projet peut faire l'objet d'une demande d'orientation informelle, les entreprises risquent ainsi de peiner à déterminer si leur projet peut être considéré comme étant à un stade « *suffisamment avancé* » (cette difficulté étant susceptible d'être plus importante pour les petites entreprises qui disposent généralement de ressources financières insuffisantes pour procéder à de telles analyses juridiques).
- (4) Par comparaison, l'AFEC relève que dans leurs lignes directrices relatives aux accords de durabilité, la *Competition and Markets Authority* (« CMA »)<sup>2</sup>, autorité de concurrence britannique, et l'*Autoriteit Consument & Markt* (« ACM »)<sup>3</sup>, autorité de concurrence néerlandaise, ont adopté une approche plus souple en permettant aux entreprises de les consulter « *de préférence* » à un « *stade précoce* » (*early stage*) de leur projet.
- (5) **Pour favoriser l'effectivité de la procédure de demande d'orientation informelle, l'AFEC suggère à l'Autorité d'assouplir les conditions fixées à l'alinéa 2 du point 10 du Projet de Communiqué en prévoyant, à l'instar de la CMA et de l'ACM, la possibilité pour les entreprises d'adresser leur demande « si possible, à un stade précoce » de leur projet, sans exigence supplémentaire.**
- (6) Le point 10 (alinéa 4) du Projet de Communiqué prévoit que toute entreprise peut présenter une demande d'orientation informelle à condition que son projet ait « *potentiellement un impact sur tout ou partie du territoire français* ».
- (7) L'AFEC s'interroge sur la portée de cette condition et se demande si l'Autorité appliquera une sorte de seuil de sensibilité (*de minimis*) en dessous duquel un projet ne serait pas considéré comme ayant un impact suffisamment probable et/ou intense sur le marché français pour inciter l'Autorité à mobiliser ses ressources, afin de vérifier la conformité du projet en question au droit de la concurrence et, dans ce cas, quel serait le niveau d'un tel seuil.

<sup>2</sup> *Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, 28 février 2023, CMA177, §7.3.

<sup>3</sup> *Guidelines - Sustainability agreements - Opportunities within competition law, Second draft version*, §71.

- (8) L'AFEC s'interroge aussi sur le fait de savoir si cette condition doit être interprétée comme étant uniquement procédurale, c'est-à-dire comme ayant trait aux exigences encadrant le dépôt d'une demande d'orientation informelle, ou s'il s'agit aussi d'une condition de fond devant conduire les entreprises à intégrer automatiquement dans l'analyse concurrentielle de leur projet une évaluation de ses effets sur le marché français.
- (9) En toute hypothèse, l'AFEC considère que le contenu de cette condition devrait être précisé, de façon à permettre aux entreprises (et à leur conseil) d'être en mesure de vérifier plus facilement si ce critère est rempli par leur projet.
- (10) **Au vu de ces constatations, l'AFEC propose à l'Autorité de prévoir, à l'alinéa 4 du point 10 du Projet de Communiqué, un seuil dont le niveau serait, pendant les trois premières années suivant l'entrée en vigueur du Projet de Communiqué, fixé à un niveau suffisamment bas pour permettre à un grand nombre de projets de l'atteindre et, ainsi, de pouvoir faire l'objet d'une demande d'orientation informelle. Par exemple, ce seuil pourrait être exprimé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées par le projet examiné sur le territoire français.**
- (11) Le point 11 du Projet de Communiqué précise que la demande doit « *porter sur une question relevant du droit de la concurrence nouvelle ou particulièrement complexe* ».
- (12) Sur ce point, l'AFEC constate que les conditions de « **nouveauté** » et de « **complexité** » ne sont pas définies par le Projet de Communiqué, ce qui est, là encore, susceptible de donner lieu à des difficultés d'interprétation pour les entreprises.
- (13) D'une manière générale, l'AFEC constate que les entreprises ne disposeront pas, pendant les premiers mois (voire, les premières années) suivants l'entrée en vigueur de la procédure de demande d'orientation informelle, de précédents publics utiles pour apprécier si ces conditions seront remplies. En l'absence d'indications supplémentaires sur les conditions de « nouveauté » et de « complexité », il est donc probable que les entreprises devront recourir à des conseils externes pour les assister dans l'évaluation de ces critères (ce qui pourrait, là aussi, défavoriser, les entreprises ne disposant pas des ressources financières suffisantes pour faire appel à un conseil externe).
- (14) En ce qui concerne plus spécifiquement la condition de « nouveauté », l'AFEC relève qu'une interprétation stricte de cette notion pourrait conduire à exclure totalement la possibilité pour des entreprises d'adresser une demande d'orientation informelle à l'Autorité dans la mesure où, en l'absence de précisions supplémentaires, il est probable qu'aucun projet (ou très peu de projets) ne soulève véritablement « *une question (...) nouvelle* » au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence françaises et européennes.
- (15) Par conséquent, en l'état actuel du Projet de Communiqué, cette condition de « nouveauté » pourrait, selon l'AFEC, empêcher la procédure de demande d'orientation informelle d'être appliquée en pratique.
- (16) S'agissant plus particulièrement de la condition de « complexité », l'AFEC relève, à titre de comparaison, que la Communication de la Commission européenne relative aux orientations informelles<sup>4</sup> ne prévoit pas un tel critère. Du reste, les lignes directrices de la CMA prévoient

---

<sup>4</sup> Communication 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) (2022 / C 381 / 07), §14.

que les entreprises peuvent consulter cette autorité lorsqu'elles ont « *des questions ou des préoccupations qui ne sont pas couvertes par les Lignes directrices ou afin d'obtenir des précisions ou du confort sur la manière dont les Lignes directrices seront appliquées à leur cas particulier* »<sup>5</sup>, tandis que celles de l'ACM indiquent que « *si les entreprises ont une incertitude sur la manière dont leur auto-évaluation doit être effectuée ou sur la fiabilité de leur auto-évaluation* »<sup>6</sup>, elles peuvent solliciter l'avis de cette autorité.

- (17) Selon l'AFEC, les conditions prévues par la CMA et l'ACM sont plus souples que celles fixées par le Projet de Communiqué, de sorte qu'elles sont plus susceptibles de renforcer l'attractivité d'une procédure de demande d'orientation informelle et d'accroître le nombre de projets pouvant être examiné.

- (18) **C'est pourquoi l'AFEC propose à l'Autorité de modifier les conditions définies au point 11 du Projet de Communiqué afin d'indiquer, à l'instar des critères retenus par la CMA et l'ACM, que « les entreprises pourront former une demande d'orientation informelle afin d'obtenir des précisions sur la manière dont le droit de la concurrence sera appliqué à leur projet et/ou sur la fiabilité de leur auto-évaluation ». A défaut, l'AFEC invite l'Autorité à supprimer la condition de « complexité » et à préciser celle de « nouveauté » dans le Projet de Communiqué, de façon à favoriser l'examen du plus grand nombre de projets possible.**

## 1.2. Concernant les conditions négatives définies par le Projet de Communiqué

- (19) Les alinéas 2 et 3 du point 13 du Projet de Communiqué prévoient qu'une orientation informelle ne peut être envisagée lorsqu'un « *projet identique ou similaire fait l'objet d'une enquête en cours par l'Autorité ou par une autre autorité de concurrence* » ou dans le cas où un « *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* ».
- (20) L'AFEC considère que cette double condition, de bon sens, est, dans les circonstances actuelles, toutefois susceptible de soulever des difficultés pratiques sérieuses pour les entreprises qui sont de nature à remettre en cause l'attractivité du dispositif.
- (21) Du fait de la confidentialité attachée aux enquêtes des autorités de concurrence et aux procédures appliquées aux demandes d'orientation informelle, ainsi que de l'absence – fréquente – de publicité autour de ces enquêtes et procédures, et de leur contenu, il pourrait s'avérer complexe pour les entreprises de déterminer s'il existe un projet identique ou similaire à leur propre projet, qui ferait l'objet d'une enquête d'une autorité de concurrence ou d'un examen au titre d'une demande d'orientation informelle. En réalité, cette double condition ne pourrait être remplie que dans l'hypothèse où, tant l'Autorité que les autres autorités de concurrence et régulateurs sectoriels, publieraient systématiquement, par exemple sur leur site Internet, des informations précises sur les projets sur lesquels une enquête ou un examen sont en cours. Si l'Autorité ne peut garantir l'existence d'une telle publicité aux entreprises, alors la double condition visée par le Projet de Communiqué devrait, selon l'AFEC, être supprimée, sous peine de décourager les entreprises de recourir à la procédure de demande d'orientation informelle.

<sup>5</sup> Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements, 28 février 2023, CMA177, §7.2.

<sup>6</sup> Guidelines - Sustainability agreements - Opportunities within competition law, Second draft version, §71.

- (22) En tout état de cause, l'AFEC relève que l'analyse d'un projet identique ou similaire par une autorité de concurrence étrangère pourrait différer de celle effectuée par l'Autorité, laquelle serait amenée à prendre plus particulièrement en considération les éventuelles spécificités du marché français au titre de son analyse concurrentielle du projet concerné. Cette condition n'apparaît donc pas comme étant totalement pertinente.

**(23) Compte tenu de ces éléments, l'AFEC invite l'Autorité à s'assurer, préalablement à l'adoption du Projet de Communiqué, que les entreprises auraient véritablement la capacité de pouvoir accéder aisément aux informations nécessaires pour vérifier si la double condition visée au point 13 du Projet de Communiqué peut être remplie par le projet, à propos duquel elles souhaitent obtenir une orientation informelle de l'Autorité. A défaut, cette double condition devrait être supprimée.**

- (24) Le point 13 (alinéa 4) du Projet de Communiqué indique qu'une orientation informelle ne peut être envisagée lorsqu'une « *orientation informelle pertinente ne pourrait être formulée qu'après une enquête approfondie* » (soulignement ajouté).

- (25) L'AFEC s'interroge sur la pertinence de l'emplacement actuel de cette condition dans le Projet de Communiqué (à savoir, dans sa première partie qui est relative aux conditions requises pour former une demande d'orientation informelle), plutôt que dans la deuxième partie dudit projet qui encadre le traitement d'une demande informelle. Il semble en effet peu probable que le rapporteur général ait la capacité d'évaluer si un projet devrait faire l'objet d'une enquête approfondie (et, partant, ne pas faire l'objet d'une orientation pertinente), sans qu'une demande n'ait été préalablement présentée et examinée par celui-ci.

- (26) En outre, l'AFEC observe que le Projet de Communiqué ne précise pas la nature de l'enquête en question : s'agirait-il d'une enquête sectorielle, simple ou lourde ? En toute hypothèse, le risque d'ouverture de telles enquêtes est susceptible de désinciter les entreprises à utiliser la procédure de demande d'orientation informelle et, partant, de réduire son attractivité.

**(27) C'est la raison pour laquelle l'AFEC suggère à l'Autorité de supprimer, au point 13 (alinéa 4) du Projet de Communiqué, la possibilité d'ouvrir une enquête approfondie. A défaut, l'AFEC invite l'Autorité à intégrer dans la deuxième partie du Projet de Communiqué et à indiquer plus précisément la nature d'une telle enquête et ses conditions d'ouverture.**

### **1.3. S'agissant des éléments devant être communiqués à l'Autorité au moment du dépôt de la demande d'orientation informelle**

- (28) Le point 14 du Projet de communiqué liste, de façon non-exhaustive<sup>7</sup>, un certain nombre d'informations devant accompagner la demande d'orientation informelle présentée par une entreprise.

- (29) L'AFEC observe que cette liste soulève plusieurs questions sur le plan de la sécurité juridique pour les entreprises.

- (30) Eu égard à la quantité importante des informations qui doivent d'ores et déjà être communiquées à l'Autorité en l'état actuel du Projet de Communiqué, il est permis de s'interroger sur la nature des autres informations et/ou documents que celle-ci pourrait solliciter en supplément auprès des entreprises.

<sup>7</sup> Ce qui ressort de l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ».

- (31) L'AFEC se demande aussi quels processus seront mis en place par l'Autorité pour garantir la confidentialité des éléments fournis par les entreprises, dont la crainte évidente se focalise sur le risque d'une conservation de leurs données par l'Autorité et d'une réutilisation ultérieure dans le cadre d'une enquête.
- (32) Pour réduire ce risque, une automatisation de la confidentialité des données partagées pourrait être envisagée. A l'inverse du mécanisme généralement prévu dans le cadre des autres procédures de l'Autorité pour permettre aux entreprises de protéger leur secret des affaires, qui nécessite que l'entreprise forme une demande spécifique de protection de ses données et qu'elle en justifie le bien-fondé, il pourrait être ici prévu que les données des demandeurs soient automatiquement considérées comme confidentielles (à moins que l'entreprise n'en décide autrement) et que celles-ci devront ainsi être détruites et/ou restituées à l'issue de la procédure de demande d'orientation informelle.
- (33) **C'est pourquoi l'AFEC suggère à l'Autorité d'indiquer expressément, au point 14 Projet de Communiqué, que les données transmises seront automatiquement considérées comme protégées au titre du secret des affaires et que, sauf accord contraire et expresse de l'entreprise concernée, les données devront être détruites ou restituées, dans leur format papier et numérique, à l'issue de la procédure de demande d'orientation informelle.**
- (34) L'alinéa 6 du point 14 du Projet de Communiqué prévoit, plus spécifiquement, l'obligation pour les entreprises de fournir une analyse de la compatibilité de leur projet avec les règles de concurrence.
- (35) L'AFEC s'interroge sur l'étendue et le contenu d'une telle analyse concurrentielle. Elle se demande notamment si celle-ci devrait (i) inclure obligatoirement l'auto-évaluation devant préalablement être réalisée par les demandeurs quant à la conformité de leur projet au droit de la concurrence et (ii) correspondre à une analyse approfondie du projet au regard de chacun des critères prévus par les articles 101(3) du TFUE et/ou L. 420-4 du Code de commerce. Il serait aussi intéressant de savoir si l'analyse initialement transmise par les demandeurs pourrait être complétée, postérieurement au dépôt de la demande, par de nouveaux éléments.
- (36) Sur ce point, l'AFEC observe que toutes les entreprises ne seront pas en mesure de préparer une analyse juridique approfondie de leur projet dès lors que toutes ne disposent pas des ressources juridiques suffisantes en interne pour effectuer une telle analyse, ou des ressources financières nécessaires pour faire appel à un conseil externe à cette fin. En l'absence de précisions supplémentaires dans le Projet de Communiqué sur l'étendue et le contenu de l'analyse concurrentielle attendue des demandeurs, cette condition risque, selon l'AFEC, de décourager une petite entreprise (telle qu'une start-up) et/ou une entreprise de taille intermédiaire de présenter une demande d'orientation informelle, alors même que de telles entreprises sont susceptibles de créer un projet innovant et soulevant des questions complexes au regard de sa compatibilité avec le droit de la concurrence.
- (37) Du reste, force est de constater que la Communication de la Commission européenne relative aux orientations informelles n'exige qu'une "*appréciation préliminaire*" de la part des entreprises quant à la conformité de leur projet avec le droit de la concurrence<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Communication relative aux orientations informelles, §12.

(38) Par conséquent, l'AFEC invite l'Autorité à préciser, au point 14 du Projet de Communiqué, le contenu et l'étendue de l'analyse concurrentielle devant être fournie par les entreprises lors du dépôt de leur demande d'orientation informelle, en indiquant en particulier qu'il ne devra s'agir que d'une « analyse préliminaire ».

## 2. La procédure de traitement de la demande d'orientation informelle

(39) Le point 17 du Projet de Communiqué indique qu'un « *accusé de réception de la demande est adressé aux demandeurs* », sans préciser si l'Autorité communiquera publiquement sur la réception d'une telle demande.

(40) Afin de garantir la confidentialité des projets des entreprises qui feront l'objet d'un dépôt d'une demande d'orientation informelle et d'inciter ces dernières à utiliser cette procédure, **l'AFEC invite l'Autorité à prévoir expressément dans le Projet de Communiqué que la réception d'une telle demande ne fera l'objet d'aucune publicité par l'Autorité, du type de celle réalisée sur son site Internet lors de la notification formelle d'une opération de concentration. A défaut, les informations publiées devraient se borner à fournir une brève description du secteur et du projet concernés, sans mentionner l'identité des demandeurs.**

(41) Le point 16 du Projet de Communiqué prévoit la faculté pour les entreprises de « *discuter de la pertinence d'une éventuelle demande d'orientation informelle en prenant, au préalable, l'attache du rapporteur général* », tandis que le point 18 indique qu'il appartient à ce dernier « *d'appréci[er] l'opportunité de traiter cette demande* » à la lumière des conditions exposées aux points 10 et suivants du Projet de Communiqué.

(42) L'AFEC relève que ces deux étapes sont susceptibles de faire double emploi, dès lors que le rapporteur général serait amené à se prononcer consécutivement sur la « *pertinence* » puis sur « *l'opportunité* » d'une même demande d'orientation informelle. Or l'AFEC observe qu'il est peu vraisemblable que le rapporteur général puisse se positionner sur la « *pertinence* » d'une telle demande sans recevoir, au préalable, un socle minimum d'informations de la part de l'entreprise concernée, du type de celles visées aux points 10 et suivants sur lesquelles le rapporteur général doit se fonder pour apprécier « *l'opportunité* » d'examiner une demande d'orientation informelle.

(43) Dans un souci de clarté, l'AFEC invite donc l'Autorité à fournir, au point 16 du Projet de Communiqué, des exemples d'informations devant être transmises par les demandeurs qui sont considérées comme indispensables pour permettre au rapporteur général de se prononcer sur la « *pertinence* » de la demande d'orientation informelle soumise à son examen. Par exemple, il pourrait s'agir (i) de l'identité des parties, (ii) du secteur concerné, (iii) d'une brève description de la nature du projet et (iv) d'un résumé de l'analyse de la compatibilité de ce dernier avec les règles de concurrence.

(44) Par ailleurs, l'AFEC regrette que le Projet de Communiqué ne permette pas aux entreprises d'adresser au rapporteur général, par le biais de leurs conseils, une demande d'orientation informelle sur une base anonyme (« on a no-name basis »), ce qui correspond à une demande répétée et un besoin croissant des entreprises, justifiés par la nécessité de bénéficier d'une confidentialité totale pour leur projet.

(45) S'agissant plus spécifiquement de l'appréciation de l'opportunité de traiter une demande d'orientation informelle (point 18 du Projet de Communiqué), l'AFEC relève que le Projet de

Communiqué ne précise ni la forme, ni le contenu de la réponse devant être apportée aux demandeurs par le rapporteur général.

- (46) Sur ce point, l'AFEC estime que la décision du rapporteur général devrait prendre une forme écrite (par exemple, un courrier transmis par email) et contenir une motivation (même succincte) expliquant la raison pour laquelle une demande d'orientation informelle aura été acceptée ou refusée.
- (47) Une telle motivation serait particulièrement utile pour les entreprises en cas de décision de refus, dès lors qu'elle pourrait faire œuvre de pédagogie à leur égard et/ou leur permettre, dans le cas où un refus serait fondé sur le caractère non suffisamment abouti du projet à examiner, de soumettre à nouveau leur projet au rapporteur général, à un stade plus avancé. Lorsqu'un refus résulterait d'une des circonstances prévues au point 13 du Projet de Communiqué, une telle motivation serait aussi utile pour informer les entreprises de l'existence d'une enquête en cours par une autorité de concurrence portant sur un projet identique ou similaire, ou de celle de l'examen concomitant d'une demande similaire d'orientation informelle par une autorité de concurrence ou par un régulateur sectoriel.

(48) **C'est pourquoi l'AFEC suggère à l'Autorité :**

- **de fournir, au point 16 du Projet de Communiqué, des exemples d'informations indispensables devant être transmises par les demandeurs pour permettre au rapporteur général de se prononcer sur la « pertinence » d'une demande d'orientation informelle soumise à son examen.**
- **de prévoir, au point 18 du Projet de Communiqué, que la décision du rapporteur général relative à « l'opportunité » d'examiner ou non une demande d'orientation informelle devra être transmise par écrit aux demandeurs et contenir une motivation succincte.**

- (49) Le point 19 du Projet de Communiqué précise que « *le rapporteur général informe les demandeurs, dans les meilleurs délais, de ce qu'il entend leur fournir ou non une orientation informelle, au cas d'espèce* » (soulignement ajouté).
- (50) L'AFEC considère que l'utilisation des termes « *meilleurs délais* » peut être une source d'insécurité juridique pour les entreprises dans la mesure où ils ne leur apportent pas suffisamment de prévisibilité quant au délai dans lequel le rapporteur général est susceptible d'accepter ou de refuser d'examiner leur demande d'orientation informelle.
- (51) Cela risque d'avoir pour effet de dissuader les entreprises de recourir à la procédure de demande d'orientation informelle, dès lors que celles-ci pourraient craindre que le calendrier de réalisation de leur projet poursuivant un objectif de durabilité soit (significativement) impacté par le recours à une telle procédure.
- (52) Cependant, à l'instar de l'approche retenue par l'autorité de la concurrence grecque dans le cadre de la procédure « *Sandbox for sustainability* »<sup>9</sup>, l'AFEC estime que l'Autorité pourrait s'inspirer du calendrier utilisé en matière de contrôle des concentrations pour l'appliquer aux demandes d'orientations informelles.

<sup>9</sup> Sustainability Sandbox : voir [www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html](http://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html)

(53) En adoptant cette approche, le point 19 du Projet de Communiqué pourrait ainsi prévoir que l'Autorité s'engage à communiquer aux entreprises l'identité du rapporteur chargé d'apprécier, sous la supervision du rapporteur général, l'opportunité de leur demande d'orientation informelle, dans un délai de cinq jours ouvrés à compter du dépôt de leur demande. Cela permettrait aux entreprises d'engager des discussions avec ce rapporteur dès qu'elles ont connaissance de son identité, de façon pour elles à avoir une meilleure visibilité sur la date à laquelle elles sont susceptibles de recevoir une réponse favorable ou un refus du rapporteur général quant à l'opportunité d'examiner leur demande d'orientation informelle.

(54) **L'AFEC propose par conséquent à l'Autorité de prévoir au point 19 du Projet de Communiqué que le rapporteur général communiquera aux entreprises, dans un délai de cinq jours ouvrés à compter du dépôt de leur demande d'orientation informelle, l'identité du rapporteur chargé d'apprécier, sous la supervision du rapporteur général, l'opportunité d'examiner une telle demande.**

(55) Le point 20 du Projet de Communiqué indique que le rapporteur général peut « *solliciter* » soit auprès des demandeurs, soit, exceptionnellement et sous réserve de l'accord de ces derniers, auprès de tiers, des renseignements supplémentaires.

(56) L'utilisation du terme « *solliciter* » conduit l'AFEC à s'interroger sur le caractère coercitif d'une telle demande de renseignements. Elle estime en effet que contraindre des entreprises à fournir des éléments qu'elles ne souhaiteraient pas partager avec l'Autorité pourrait les dissuader de recourir à la procédure de demande d'orientation informelle, ce qui priverait cette procédure de son utilité.

(57) A titre de comparaison, l'AFEC observe que la Communication de la Commission européenne relative aux orientations informelles prévoit que cette autorité peut « *inviter* » les demandeurs (ou, là encore, dans des cas exceptionnels, des tiers) à lui fournir des renseignements supplémentaires<sup>10</sup>.

(58) Afin de réduire le risque identifié ci-dessus, l'AFEC estime que l'utilisation du terme « inviter » dans le Projet de Communiqué serait plus appropriée que celle du terme « *solliciter* », dès lors que le premier, qui est défini par l'Académie française comme le fait « *d'engager, encourager quelqu'un à faire quelque chose* »<sup>11</sup> apparaît moins coercitif que le second dont la même académie considère qu'il signifie « *demander fortement, avec instance* »<sup>12</sup>.

(59) Pour réduire davantage ce risque, le Projet de Communiqué pourrait, en outre, indiquer expressément que la procédure de demande d'orientation informelle ne s'inscrit pas dans le cadre d'une enquête. De la sorte, les entreprises seraient confortées dans l'idée qu'un refus de leur part de communiquer des renseignements supplémentaires à l'Autorité ne pourrait pas être considéré comme une violation de leur obligation de collaboration active et loyale, laquelle les oblige à répondre favorablement et de façon systématique aux demandes d'informations de l'Autorité formulées dans le contexte d'une enquête sous peine de se voir infliger une amende<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Communication relative aux orientations informelles, §14.

<sup>11</sup> [www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1963](http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1963)

<sup>12</sup> [www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S1143#:~:text=v.,tr.&text=Inciter%2C%20exciter%20C3%A0%20faire%20quelque%20chose](http://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S1143#:~:text=v.,tr.&text=Inciter%2C%20exciter%20C3%A0%20faire%20quelque%20chose)

<sup>13</sup> Au titre des dispositions du V de l'article L. 464-2 du code de commerce.

- (60) **Au vu de ces éléments, l'AFEC suggère à l'Autorité de remplacer, au point 20 du Projet de Communiqué, le terme « solliciter » par le terme « inviter » et d'indiquer expressément que la procédure de demande d'orientation informelle ne s'inscrit pas dans le cadre d'une enquête.**
- (61) Le point 21 du Projet de Communiqué introduit une possibilité, pour le rapporteur général, de partager les informations transmises, sous réserve de l'accord exprès des demandeurs, avec d'autres autorités membres du Réseau européen de la concurrence (« REC »), ainsi qu'avec la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (la « DGCCRF ») ou avec toute autorité publique concernée et, le cas échéant, de solliciter un avis de leur part.
- (62) L'AFEC reconnaît que le partage d'informations avec d'autres autorités publiques est susceptible, selon la nature des projets faisant l'objet d'une demande d'orientation informelle, de présenter un intérêt pour les entreprises en leur accordant une sécurité juridique plus importante, dès lors qu'un plus grand nombre d'autorités publiques serait amené à se prononcer sur la compatibilité de leur projet avec la législation dont ces autorités garantissent l'application.
- (63) L'AFEC s'interroge toutefois sur les conditions et les conséquences d'un tel partage pour les entreprises.
- (64) Premièrement, en ce qui concerne les conditions du partage, l'AFEC estime que, pour permettre aux entreprises d'être pleinement en mesure de se prononcer sur une demande du rapporteur général visant à partager des informations transmises avec une autre autorité publique, le point 21 du Projet de Communiqué devrait prévoir que cette demande contiendra *a minima* (i) l'identité de l'autorité publique concernée, (ii) un exposé des motifs justifiant un tel partage et (iii) une identification précise des informations concernées par la demande de partage.
- (65) Deuxièmement, l'AFEC considère qu'il serait utile de préciser, au point 21 du Projet de Communiqué, le périmètre des informations pouvant faire l'objet d'un partage avec d'autres autorités publiques. A cet égard, le Projet de Communiqué pourrait prévoir qu'un tel partage serait expressément et strictement circonscrit aux seules informations dont les autorités publiques, qui en sont destinataires, ont besoin pour se prononcer sur la compatibilité du projet examiné avec la législation dont ces autorités garantissent le respect.
- (66) Par exemple, lorsque cela est possible et/ou nécessaire, il pourrait être envisagé de ne transmettre que le résumé non confidentiel de la demande transmis par les demandeurs au moment du dépôt de cette dernière (tel que prévu par le point 14, alinéa 8 du Projet de Communiqué), d'occulter l'identité des demandeurs ou d'anonymiser certaines données des demandeurs couvertes par le secret des affaires.
- (67) Troisièmement, l'AFEC observe que de multiples partages d'informations avec d'autres autorités publiques augmenteraient le risque d'atteinte à la confidentialité du projet et à celle des informations transmises au rapporteur général. Pour ne pas dissuader les entreprises d'accepter de partager leurs informations avec d'autres autorités publiques, le point 21 du Projet de Communiqué pourrait expressément garantir la protection des informations stratégiques des demandeurs partagées avec d'autres autorités publiques, en prévoyant que le degré de protection appliqué à ces informations par les autorités publiques auxquelles elles sont communiquées devrait être au moins aussi élevé que celui résultant des règles relatives au secret professionnel énoncées à l'article 28, paragraphe 2 du règlement (CE) n°1/2003. En complément, pour leur transmission, il pourrait être prévu d'utiliser, par exemple, une plateforme informatique dédiée, telle qu'un espace spécifique sur la plateforme Hermès.

- (68) Quatrièmement, s'agissant des conséquences du partage, l'AFEC observe que toute transmission d'informations à d'autres autorités risquerait d'allonger (considérablement) les délais de traitement de la demande d'orientation informelle dans son ensemble.
- (69) A cet égard, le point 21 du Projet de Communiqué devrait fournir des indications plus précises sur la manière dont le traitement par l'Autorité de la demande d'orientation informelle s'articulera avec la consultation d'une autre autorité publique. En particulier, dans le cas où l'avis d'une autre autorité publique sera sollicité par l'Autorité, le Projet de Communiqué pourrait utilement préciser la durée d'extension du délai d'examen de la demande d'orientation informelle par l'Autorité et prévoir une durée maximale (par exemple, une durée 15 jours ouvrés semble adéquate).
- (70) Cinquièmement, l'AFEC s'interroge sur les effets et l'impact d'un avis d'une autre autorité publique sur l'orientation informelle de l'Autorité et, plus généralement, sur le projet des entreprises soumis à examen. Dans la mesure où cet avis aurait *a minima* pour effet d'influencer le contenu des orientations devant être fournies par l'Autorité et, partant, d'impacter le projet des demandeurs, l'AFEC estime que le point 21 du Projet de Communiqué devrait, dans un souci de transparence envers les entreprises, indiquer que le rapporteur général tiendra régulièrement informé les demandeurs du contenu des échanges avec les autres autorités publiques consultées, de l'état d'avancement des discussions avec ces dernières et s'engagera à communiquer aux demandeurs leurs avis dans le cas où ils seraient sollicités, dès qu'ils sont rendus.

- (71) **Au vu de ce qui précède, l'AFEC suggère à l'Autorité de modifier le point 21 Projet de Communiqué, afin :**
- **de prévoir que la demande de partage d'informations adressée par le rapporteur général aux demandeurs devra contenir (i) l'identité de l'autorité publique concernée par le partage, (ii) un exposé des motifs justifiant un tel partage et (iii) une identification précise des informations concernées par la demande de partage ;**
  - **de strictement circonscrire le partage d'informations avec d'autres autorités publiques aux seules informations dont ces dernières ont besoin pour se prononcer sur la compatibilité du projet examiné avec la législation dont ces autorités assurent le respect ;**
  - **de garantir la protection des informations stratégiques des demandeurs partagées avec d'autres autorités publiques, en prévoyant qu'un degré de protection élevé sera appliqué à ces informations et en utilisant un procédé informatique garantissant la confidentialité des informations stratégiques transmises par les entreprises, telle qu'une plateforme informatique dédiée ;**
  - **de préciser, en cas de sollicitation de l'avis d'une autre autorité publique, une durée d'extension maximale du délai d'examen de la demande d'orientation informelle par l'Autorité (par exemple, une durée de 15 jours ouvrés semble appropriée) ; et**
  - **d'indiquer que le rapporteur général tiendra régulièrement informé les demandeurs du contenu des échanges avec les autres autorités publiques consultées, de l'état d'avancement des discussions avec ces dernières et**

**s'engagera à communiquer aux demandeurs leurs avis, dès qu'ils sont rendus, dans le cas où ils seraient sollicités.**

- (72) Le point 22 du Projet de Communiqué prévoit qu'une demande d'orientation informelle « *peut être retirée à tout moment par les demandeurs. Dans ce cas, aucune orientation informelle n'est émise et l'ensemble des informations transmises est restitué* ».
- (73) L'AFEC approuve la possibilité pour les entreprises de retirer à tout moment une demande d'orientation informelle, laquelle est primordiale pour l'attractivité de cette procédure.
- (74) Cependant, l'AFEC estime que les modalités de restitution aux entreprises des informations qu'elles auront transmises ne sont pas suffisamment détaillées par le Projet de Communiqué, en particulier en ce qui concerne les copies qui pourraient être réalisées par l'Autorité des éléments transmis, ou le traitement réservé aux informations transmises à d'autres autorités membres du REC, la DGCCRF ou des autorités publiques.

(75) Afin de ne pas dissuader des entreprises, soucieuses de la protection de leur secret des affaires et de la confidentialité de leur projet, de déposer une demande d'orientation informelle, **l'AFEC encourage l'Autorité à modifier le Projet de Communiqué pour prévoir plus précisément, au point 22, la manière dont les informations seront restituées aux entreprises.**

- (76) A cet égard, il serait utile de leur envoyer une preuve de la destruction définitive de toute information ou copie d'une information transmise par les entreprises, à la fois par l'Autorité mais aussi par toute autre autorité publique à laquelle des informations auraient été communiquées. Les demandeurs devraient en effet avoir la certitude que toute information transmise ne puisse faire l'objet d'une utilisation ultérieure par l'Autorité de la concurrence et/ou par toute autre autorité en ayant eu connaissance.

### **3. La portée et la publicité de la lettre d'orientation informelle**

- (77) Le point 23 du Projet de Communiqué indique qu'en cas d'acceptation de l'examen d'un projet, le rapporteur adressera aux demandeurs une lettre d'orientation informelle dans un délai dit « *raisonnable* », sans aucune précision ni limite quant au délai de réponse qui s'imposera au rapporteur.
- (78) Cette absence de standard juridique entourant la notion de délai raisonnable pourrait soulever certaines problématiques. S'il semble cohérent que le délai dans lequel le rapporteur doit adresser la lettre aux parties soit fonction des cas d'espèce, en raison de la grande casuistique à laquelle l'analyse peut donner lieu, une telle situation pourrait également être source d'insécurité juridique pour les parties.
- (79) En effet, la demande d'orientation informelle implique que le projet soit à un stade suffisamment avancé. Or l'AFEC attire l'attention de l'Autorité sur le fait que le projet étudié sera suspendu dans l'attente de la réponse à la demande d'orientation. Une telle suspension de développement et/ou mise en œuvre pourra s'avérer préjudiciable selon le projet concerné puisqu'un délai d'examen trop étendu pourrait empêcher les parties de mener leur projet à bien dans le calendrier prévu, ayant *in fine* pour conséquence de les dissuader de soumettre une demande d'examen du projet concerné.

(80) **C'est pourquoi l'AFEC suggère à l'Autorité de définir, au point 23 du Projet de Communiqué, un délai maximum d'examen de la demande soit précisément défini afin de permettre aux entreprises de le prendre en compte. L'AFEC suggère donc un délai de 25 jours ouvrés (similaire, là encore, à celui pratiqué en matière de contrôle des concentrations) pour répondre aux parties, lequel semble adéquat.**

(81) Le point 24 du Projet de Communiqué précise que la lettre d'orientation informelle contiendra un « *résumé des faits contenus dans la demande et le raisonnement juridique retenu concernant l'application du droit de la concurrence au projet envisagé* ».

(82) **L'AFEC propose à l'Autorité que la lettre rédigée par le rapporteur soit suffisamment motivée afin d'éclairer les parties sur la conduite à tenir.** Une telle motivation sera également opportune puisqu'elle pourra permettre de servir de guides aux entreprises qui se trouveraient dans une situation similaire.

(83) Le point 25 du Projet de Communiqué prévoit que lorsque le rapporteur en charge de l'examen d'un projet conclurait à la compatibilité de celui-ci avec les règles de concurrence, une lettre d'orientation informelle sera établie en indiquant « *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* ».

(84) Selon l'AFEC, la position adoptée par le rapporteur fait seulement état de l'apparente compatibilité avec les règles de concurrence du projet envisagé à un moment et dans un paradigme précis. Ainsi, il ne ressort pas clairement du texte du Projet de Communiqué que la lettre accorderait une réelle garantie d'absence d'ouverture d'enquête par l'Autorité en l'absence de « *faits nouveaux* » ou de « *circonstances de fait ou de droit nouvelles* » tel qu'évoqué en son point 26.

(85) Dès lors, l'AFEC observe qu'il ne ressort pas clairement du mécanisme de la lettre d'orientation qu'elle est sans préjudice de la possibilité d'ouvrir ultérieurement une enquête ou encore de proposer la saisine de l'Autorité. Cet état de fait laisse craindre un risque d'instrumentalisation de la procédure en cause, qui ne constituerait en réalité que le préalable à une éventuelle enquête ou saisine de l'Autorité. Si tel était le cas, ce dispositif se révélerait peu attractif pour les parties, dont la pérennité de la situation ne serait alors pas garantie.

(86) **Au vu de ces éléments, l'AFEC suggère à l'Autorité :**

- **de garantir une réelle sécurité juridique pour le bénéficiaire d'une lettre d'orientation informelle en précisant au point 25 du Projet de Communiqué que l'ouverture d'une enquête / de la saisine de l'Autorité soit exclusivement subordonnée à la réunion de certaines conditions (survenance de faits nouveaux ou de circonstances de droit ou de fait nouvelles) ;**
- **de prévoir au point 25 du Projet de Communiqué une procédure de restitution des informations volontairement transmises par les entreprises en cas de retrait de la demande d'orientation qui soit applicable en tout état de cause.**

(87) Le point 26 du Projet du Communiqué prévoit en son état actuel 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. Elle est sans préjudice des pouvoirs que le rapporteur général tient de la loi, en particulier si des faits nouveaux sont portés à sa*

*connaissance et/ou lorsque des circonstances de fait ou de droit nouvelles remettent en cause l'analyse initiale ».*

- (88) L'AFEC s'interroge sur la portée des notions de « *faits nouveaux* » et de « *circonstances de fait ou de droit nouvelles* », dont l'imprécision semble laisser une importante marge de manœuvre pour décider de l'ouverture d'une enquête au point de venir fortement questionner la portée réelle de la lettre d'orientation.
- (89) Notamment, l'AFEC observe que l'absence d'exigence d'impact d'un fait nouveau sur les effets concurrentiels du projet laisse supposer que toute modification de la situation observable lors de la demande pourrait être de nature à justifier l'ouverture d'une enquête. L'impératif de sécurité juridique impose de préciser l'impact que doivent avoir ces faits nouveaux sur les effets du projet préalablement jugé compatible.
- (90) En outre, l'AFEC relève que le fait pour une entreprise d'éviter la survenance de tout fait ou situation susceptible de modifier l'évaluation d'un projet peut s'avérer difficile à visualiser en pratique. A ce titre, il conviendrait pour l'Autorité d'adopter une démarche préventive et didactique en précisant au sein des échanges avec l'entreprise concernée et dans le contenu de la lettre les éléments qui seraient susceptibles de modifier l'analyse qui serait faite d'un projet qui suivrait pour autant les conditions à sa compatibilité prévues par le rapporteur.
- (91) Également, l'AFEC alarme l'Autorité sur le fait que le Projet de Communiqué en son état actuel implique qu'une enquête pourrait être ouverte contre une entreprise ayant mis en œuvre un projet jugé compatible en cas de modification d'un facteur externe. Une entreprise ayant bénéficié d'une lettre d'orientation informelle et ayant appliqué le projet aux conditions convenues risquerait donc malgré tout de voir une enquête ouverte lorsqu'un changement de circonstance(s) indépendant de sa volonté viendrait modifier l'appréciation faite de son projet. Cette possibilité viendrait fortement diminuer la sécurité apportée par la lettre et son attractivité pour les entreprises.
- (92) A titre de comparaison, s'agissant des lettres d'orientation informelle, la Commission européenne prévoit que l'entreprise qui aurait bénéficié d'une lettre d'orientation informelle qu'elle aurait suivie et appliquée de bonne foi ne pourra être sanctionnée en cas d'ouverture ultérieure d'une enquête par la Commission<sup>14</sup>.

(93) **Au vu de ces constatations, l'AFEC propose à l'Autorité :**

- **d'ajouter au point 26 du Projet de Communiqué une condition supplémentaire à la possibilité de l'ouverture d'une enquête *a posteriori* de l'établissement d'une lettre d'orientation informelle, en indiquant que les faits nouveaux ou circonstances de fait ou de droit nouvelles la motivant doivent être susceptibles d'avoir un effet important sur l'appréciation des effets anticoncurrentiels de l'accord ;**
- **mentionner dès l'établissement de la lettre les faits / circonstances susceptibles de modifier l'analyse des effets anticoncurrentiels de l'accord ;**
- **similairement aux règles prévues par la Commission européenne<sup>15</sup>, d'exclure, au point 26 du Projet de Communiqué, la possibilité pour le bénéficiaire d'une lettre**

<sup>14</sup> Communication relative aux orientations informelles, §25

<sup>15</sup> *Ibid.*

**d'orientation informelle de se voir sanctionner en cas d'ouverture d'une enquête lorsque les faits ou circonstances nouvelles l'ayant motivée relèvent de facteurs indépendants de son fait et qu'il a continué à mener le projet dans les conditions exigées par le rapporteur au moment de l'établissement de la lettre ; et**

- **de prévoir, au point 26 du Projet de Communiqué, la possibilité de résoudre une situation devenue source d'effets anticoncurrentiels par la prise d'engagements complémentaires par les parties concernées plutôt qu'une sanction.**

- (94) Le point 27 du Projet de Communiqué prévoit que « *le collège de l'Autorité peut tenir compte, le cas échéant, de l'existence d'une orientation informelle dans l'examen du dossier concerné. Toutefois, la lettre d'orientation du rapporteur général ne saurait, en vertu du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision qui s'impose à l'Autorité, lier le collège de l'Autorité* ».
- (95) Dès lors, en l'état actuel du Projet de Communiqué, la lettre d'orientation informelle ne sera pas liante pour le collège de l'Autorité. Cette position s'inscrit dans la lignée des positions des autorités européenne et française s'agissant des lettres de confort, ces dernières refusant tout caractère liant à ce genre d'avis informel, que ce soit en matière de *merger* ou d'*antitrust*.
- (96) Également, à la différence de la CMA et de l'ACM ainsi que de la Commission européenne<sup>16</sup>, l'Autorité ne sera pas tenue de tenir compte – expressément et obligatoirement – de la bonne foi des entreprises ayant entrepris un comportement préalablement validé et ne garantira pas un principe de non-poursuite dudit comportement lorsqu'il ne dépasse pas les conditions factuelles de la lettre d'orientation.
- (97) **Cette approche limite, selon l'AFEC, l'attractivité du dispositif** et aurait pour conséquence d'inciter les entreprises souhaitant agir pour le développement durable soit à ne pas agir, soit à ne pas consulter l'Autorité lorsque le comportement ne peut avoir lieu qu'en France, soit encore à se diriger vers des juridictions dans lesquelles les autorités de concurrence offrent une meilleure sécurité juridique, ce dont il pourra résulter une forme de *forum shopping* des lettres de confort. Cette situation pourrait donner lieu à une délocalisation des actions bénéfiques au développement durable en dehors du territoire français.
- (98) A titre d'illustration, la juridiction choisie par l'entreprise française Total Énergies et son concurrent Shell concernant un accord de durabilité visant au stockage de CO<sub>2</sub> dans d'anciens gisements de gaz fut finalement les Pays-Bas, après que les parties ont obtenu une lettre de confort de l'ACM. Cette dernière a examiné les avantages environnementaux et les a jugés plus importants que les éventuels impacts négatifs sur la concurrence, en particulier dans le contexte de l'Accord de Paris sur le climat.
- (99) Ainsi, le flou entourant l'éventuelle prise en compte d'une lettre précédemment établie dans le cadre d'une procédure ultérieure de l'Autorité serait hautement susceptible d'avoir un effet désincitatif pour les entreprises. **L'AFEC estime que rendre la lettre d'orientation informelle attractive implique de sécuriser la position des entreprises en l'absence de modification de leur situation.** Ce constat est partagé par la Commission européenne elle-même, qui prévoit que l'entreprise ayant appliqué de bonne foi une lettre d'orientation informelle ne pourra se voir infliger d'amende en cas d'examen ultérieur.

<sup>16</sup> Communication relative aux orientations informelles, précitée, §25.

(100) A ce titre, l'AFEC considère que la portée juridique de la lettre d'orientation informelle devrait être sanctuarisée par le Projet de Communiqué qui pourrait prévoir, en son point 27, qu'elle **lierait a minima le Collège en l'absence de faits nouveaux / circonstances de droit ou de fait nouvelles**, par exemple au travers d'un **processus de validation par le Collège**. En cas d'ouverture ultérieure d'une enquête, il conviendrait également de garantir une **prise en compte de la lettre précédemment établie comme circonstance atténuante<sup>17</sup> et de considérer la bonne foi de l'entreprise concernée comme un facteur lui permettant de s'exonérer d'une éventuelle amende<sup>18</sup>**. Une telle prise en compte devrait ainsi être inscrite dans le communiqué à paraître.

(101) Le point 28 du Projet de Communiqué indique 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* ».

(102) L'AFEC s'interroge sur la portée de ce point. Pour l'AFEC, la possibilité de voir la lettre d'orientation informelle publiée soulève plusieurs questions. Tout d'abord, il conviendrait d'apporter plus de détails quant au déroulé de la procédure. Notamment, il est nécessaire de préciser le moment où il sera attendu du demandeur qu'il donne son accord pour que la lettre soit publiée afin de savoir s'il devra être d'accord dès le dépôt de la demande d'orientation informelle ou après que le rapporteur général l'ait informé du contenu de la lettre d'orientation.

(103) Dans l'hypothèse où l'accord pour publication devrait être donné dès le début de la procédure, les entreprises seront très certainement réticentes à demander des orientations. En effet, bien que cette possibilité permettrait à l'Autorité d'éclairer les entreprises d'un secteur en publiant les éventuels projets rejetés ou approuvés, la publication d'un projet (jugé compatible ou non) pourrait s'avérer préjudiciable pour les activités d'un acteur. Ce constat est d'autant plus vrai que l'intérêt d'une entreprise à voir son projet publié variera sensiblement selon le raisonnement juridique adopté par le rapporteur dans la lettre, le constat de risques d'effets anticoncurrentiels importants rendant une publication peu souhaitable.

(104) Sur ce point, il conviendrait de prévoir au point 28 du Projet de Communiqué qu'une **entreprise ne donne son accord pour la publication de son projet qu'après avoir été informée par le rapporteur Général du contenu de la lettre d'orientation informelle**.

(105) Se pose également la question de la confidentialité des informations rattachables au secret des affaires au sein de la version publiée de la lettre, dont les modalités devraient être précisées. En effet, **les demandes porteront sur des projets contenant généralement des informations hautement stratégiques dont la publication serait préjudiciable pour les entreprises concernées**. En l'absence de garantie d'avoir un contrôle total sur les informations qui pourraient être divulguées au sein de la version publique de la lettre, il est certain que les entreprises seront réticentes à l'idée de soumettre un projet et d'en accepter la publication.

(106) A ce titre, il conviendrait que soit **précisément délimitée, au point 28 du Projet de Communiqué, la procédure de confidentialisation des informations liées au secret des affaires** et que **les entreprises bénéficient du plus de liberté possible pour identifier les données stratégiques à confidentialiser**.

<sup>17</sup> Au sens des "circonstances atténuantes" évoquées au paragraphe 37 du Communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 30 juillet 2021.

<sup>18</sup> Communication relative aux orientations informelles, §25.

- (107) Enfin, il conviendrait de réfléchir à la **possibilité pour une entreprise d'exercer un recours contre la lettre publiée**. En effet, la lettre d'orientation comporte un raisonnement juridique qui devrait pouvoir être contesté par les parties. Dans le cas où la lettre d'orientation est publiée, l'acte porte atteinte aux droits de l'entreprise demanderesse et il est légitime que cette dernière puisse contester ladite lettre. Il faudrait alors déterminer si un recours contre la lettre d'orientation pourrait être exercé devant le Collège de l'Autorité ou bien devant le juge administratif, la jurisprudence admettant de manière de plus en plus flexible la contestation des actes de droit souple.