

Contribution de l'AFEC sur la consultation publique de la Commission relative aux accords de coopération horizontaux

Les adhérents de l'AFEC regroupent des avocats, économistes, professeurs de droit, magistrats, membres de l'Autorité de la Concurrence et de la DGCCRF, juristes d'entreprises et étudiants.

L'AFEC a constitué un groupe de travail pour répondre à la consultation publique ouverte le 1^{er} mars 2022 par la Commission européenne (ci-après, la « Commission ») au sujet des projets de règles applicables aux accords de coopération horizontaux révisés, à savoir le règlement d'exemption n° 1217/2010 pour certaines catégories d'accords de recherche et de développement (ci-après le « REC R&D »), le règlement d'exemption n° 1218/2010 pour certaines catégories d'accords de spécialisation (ci-après le « REC Spécialisation ») et les lignes directrices qui les accompagnent (ci-après les « lignes directrices »).

L'AFEC salue l'occasion qui lui est offerte de donner son avis sur ces projets de texte qui représentent un travail considérable effectué par les services de la Commission, et se réjouit que certaines de ses recommandations formulées dans sa précédente contribution aient été prises en compte par la Commission¹. L'AFEC souhaite néanmoins apporter les observations complémentaires qui suivent.

Dans un souci de clarté, les commentaires seront regroupés par type d'accord et non selon les différents textes révisés. Ainsi, en ce qui concerne les accords faisant l'objet d'un règlement d'exemption distinct (R&D et spécialisation), les observations liées au règlement et aux lignes directrices seront traitées ensemble.

1. Sur la structure des textes et l'introduction des lignes directrices posant les principes communs d'analyse

A titre liminaire, l'AFEC souhaite saluer l'enrichissement effectué par la Commission de la partie des lignes directrices consacrées aux principes communs ce qui permettra aux entreprises de disposer d'une grille d'analyse plus détaillée, notamment quant à la détermination du centre de gravité des accords ou encore de la notion de restriction par objet.

1.1. Sur l'absence de règlements spécifiques pour certains types d'accords

En ce qui concerne la structure des textes, comme expliqué dans la précédente contribution de l'AFEC, les règlements d'exemption sur les accords de recherche et développement et sur les accords de spécialisation fournissent un seuil en parts de marché en dessous duquel l'article 101, alinéa 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») ne s'applique pas (zone de sécurité). Toutefois, il n'existe pas de règlement d'exemption spécifiquement applicable à certains accords, et notamment aux accords d'achat groupés ou aux accords de commercialisation. Pour ces accords, la zone de sécurité est donc fournie par les principes définis dans les seules lignes directrices de la Commission.

Or, les entreprises et leurs conseils bénéficieraient d'une meilleure sécurité juridique si les autres accords, en particulier les accords d'achat groupé et de commercialisation, étaient également couverts par un règlement d'exemption catégoriel incluant un seuil de sécurité en parts de marché.

¹ Les commentaires de l'AFEC font suite à la précédente contribution de l'AFEC sur la consultation publique de la Commission relative aux accords de coopération horizontaux, organisée du 6 novembre 2019 au 12 février 2020.

De la même manière, les enjeux liés aux numérique et aux nouveaux outils et services développés auraient certainement justifié l'adoption de textes spécifiques aux accords portant sur la mise à disposition ou le partage de données. En l'état, ces sujets sont exclusivement traités sous l'angle des échanges d'informations ce qui ne paraît pas adapté aux enjeux.

C'est pourquoi l'AFEC déplore la persistance de l'absence de tels projets de règlement catégoriels dans le cadre du projet de révision des règles applicables aux accords de coopération horizontaux.

1.2 Sur les seuils en termes de parts de marché

• Sur l'opportunité d'instaurer un seuil de sécurité commun à tous les types d'accords

Comme mentionné dans la précédente contribution de l'AFEC, le cadre juridique actuel prévoit des seuils de sécurité différents en fonction du type d'accord. En effet, les règlements d'exemption catégoriels fixent le niveau de parts de marché à 20 % pour les accords de spécialisation et à 25 % pour les accords de R&D. De la même manière, le règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords de transfert de technologie exempte les accords de licences entre les entreprises détenant une part de marché inférieure à 20 % s'agissant des accords entre concurrents, et à 30 % s'agissant des accords entre non-concurrentes respectant certaines conditions. Pour les accords horizontaux ne bénéficiant pas de règlements d'exemption, les lignes directrices fixent également certains seuils à valeur indicative en dessous desquels l'accord peut être présumé ne pas présenter, par lui-même, d'effets restrictifs de concurrence. Par exemple, en matière d'achats groupés, ce seuil est fixé à 15 %.

Enfin, le règlement 330/2010 retient un seuil d'exemption de 30 % pour les accords verticaux. Or, les accords de distribution conclus entre concurrents peuvent relever du règlement sur les accords verticaux, mais aussi des règles applicables aux accords de coopération horizontale.

L'AFEC considère que l'adoption d'un seuil unique et commun, à minima applicable à tous les types d'accord horizontaux, permettrait d'atteindre un niveau de cohérence et de sécurité juridique plus optimal. A cet égard, le seuil de 25 % retenu par le règlement 139/2004 en dessous duquel une concentration est théoriquement réputée ne pas entraver la concurrence pourrait être retenu.

• Sur la référence aux lignes directrices relatives à l'affectation du commerce et à la Communication de minimis

En revanche, l'AFEC se félicite de la précision, reprise des lignes directrices relatives à l'affectation du commerce entre Etats membres, selon laquelle l'article 101, paragraphe 1, du TFUE est présumé inapplicable aux accords de coopération horizontale lorsque la part de marché totale cumulée des parties sur le marché concerné par l'accord est inférieure à 5 %.

L'AFEC approuve également l'ajout aux lignes directrices d'une référence à la Communication de minimis, qui prévoit un seuil de 10% en parts de marché cumulées des parties à l'accord, réduit à 5 % lorsqu'existent des réseaux parallèles d'accord, en dessous duquel l'accord de coopération horizontale est présumée ne pas restreindre sensiblement le jeu de la concurrence (point 46 du projet de lignes directrices révisées).

1.3. Sur l'application de l'immunité intra-groupe sur les accords entre sociétés mères et entreprise commune

L'AFEC accueille favorablement les précisions et clarifications apportées par la Commission en ce qui concerne l'application de l'immunité intra-groupe à une entreprise commune et ses sociétés mères (points 13 et 14 du projet de lignes directrices révisées). S'agissant de la confirmation, apportée par la Commission, de l'application d'une immunité intragroupe aux accords conclus entre les sociétés mères

et sa filiale commune concernant les marchés sur lesquels la filiale commune est présente, l'AFEC se félicite de cette clarification.

Néanmoins, la référence à la jurisprudence de la CJUE relative à « l'influence déterminante » applicable en matière de pratiques anti-concurrentielles et de détermination de l'imputabilité des sanctions ne recoupe pas totalement celle relative à la notion de « contrôle » applicable en matière de contrôle des concentrations.

Sur ce point, il serait souhaitable que les futures lignes directrices clarifient l'articulation entre ces deux notions et précisent que, en matière de coopération horizontale, l'immunité intra-groupe s'applique aux accords entre une entreprise commune détenue à 50% par chacune des sociétés mères et ces dernières, ainsi qu'aux accords entre une entreprise commune et la ou les sociétés mères contrôlantes au sens du règlement relatif au contrôle des concentrations, même si ces dernières ne disposent que d'une participation minoritaire dans l'entreprise commune.

L'AFEC invite donc la Commission à mieux préciser ce point.

1.4 Sur l'absence de prise en compte de la spécificité des accords mis en place sous l'égide des pouvoirs publics

L'AFEC relève qu'à plusieurs endroits dans le projet de lignes directrices la Commission rappelle sa position ferme et intransigeante sur le fait que, de manière générale, le fait que les pouvoirs publics (nationaux ou de l'UE) puissent avoir encouragé ou être à l'origine des accords entre entreprises ne dispense pas celles-ci de l'analyse de la conformité de ceux-ci aux règles de concurrence et, en particulier ici de l'article 101 du TFUE.

L'AFEC n'ignore nullement la jurisprudence de la CJUE en la matière mais relève que celle-ci est devenue relativement ancienne et peu adaptée à certaines évolutions actuelles dans lesquelles la coopération entre concurrents est intrinsèque à la mise en œuvre d'obligations réglementaires, par exemple en matière de gestion des déchets (systèmes de responsabilité élargie de producteurs), ou une condition de l'attribution de financements publics ou européens (par exemple les PIEEC).

Pour ce type de projets, la Commission devrait certainement assouplir les critères selon lesquels la responsabilité des entreprises peut être retenue.

2. Sur les accords de R&D

2.1 Sur la restriction générale du champ de l'exemption

Le projet de lignes directrices renforce les hypothèses d'infractions par objet détaillant trois exemples, le troisième soulevant des craintes importantes compte tenu de l'imprécision de sa rédaction. Il vise les accords qui *"limitent le potentiel d'un produit ou d'une technologie développée en commun"*.

Dans l'objectif de garantir la meilleure sécurité aux parties à ces accords, l'AFEC suggère de supprimer cette nouvelle énumération et de rester sur la rédaction actuelle des lignes directrices.

Par ailleurs, le projet de lignes directrices (point 72) indique désormais que *"La coopération en matière de R&D entre des **entreprises non concurrentes** ne donne généralement pas lieu à des effets **horizontaux** restrictifs sur la concurrence"*, laissant ainsi planer une incertitude sur les accords de R&D qui pourraient générer des restrictions verticales, sans pour autant fournir d'indications sur la manière d'identifier ou d'éviter de tels effets.

2.2 Sur le maintien de la condition impérative de l'accès aux résultats finaux

L'AFEC regrette, sur le fond, le maintien voire le renforcement de l'approche restrictive du cadre juridique de ces accords de coopération horizontale en R&D.

L'exemption au principe d'interdiction reste donc **conditionnée à l'accès illimité de toutes les parties au résultat final de la recherche**.

Or, dans certaines configurations, cette condition est même susceptible de constituer un risque pour la R&D européenne.

Ainsi notamment, le partage avec toutes les parties (y compris avec des instituts de recherche ou centres universitaires non européens) n'apparaît plus adapté au contexte de forte concurrence mondiale. Certains adhérents constatent en effet que, dans leur pratique courante, ce règlement d'exemption est trop souvent invoqué par des instituts/organismes de recherche et partenaires affirmant que le savoir-faire secret des entreprises ou les DPI (préexistant ou résultant d'une recherche conjointe) pourraient être partagés avec des tiers (concurrents ou non) aux fins de la recherche et du développement et de l'exploitation.

Il existe ainsi un risque important que les résultats de ces recherches communes fuient rapidement vers la concurrence de pays tiers.

Cette situation est susceptible de décourager en pratique les entreprises, y compris les petites, de participer à des activités de recherche et technologie (R&T) et R&D communes, qui seront pourtant l'une des pierres angulaires de la compétitivité des entreprises européenne face aux défis environnementaux et numériques.

Ainsi, l'obligation de partage peut se révéler contre-productive alors que l'ambition européenne en matière environnementale, numérique et de résilience nécessite un effort accru en matière de R&D collective, au sein et même au-delà des écosystèmes.

Dans ces conditions, l'AFEC estime qu'il serait préférable que, plutôt qu'une condition préalable à l'obtention de l'exemption, l'obligation de partage des résultats, à tout le moins avec les instituts de recherche ou centres universitaires puisse être conditionnée à l'existence d'un intérêt de nature économique pour les titulaires à partager leur propriété intellectuelle.

2.3 Sur la modification de la terminologie utilisée à l'article 3 du Projet de règlement relatif à l'accès aux résultats finaux

Le projet de règlement (le « Projet ») modifie l'article 3 du règlement actuellement en vigueur relatif à l'accès aux résultats finaux des activités de recherche et développement (« R&D »).

Tandis que l'article 3 § 2 du règlement en vigueur dispose que « *L'accord de recherche et de développement doit stipuler que toutes les parties ont un accès illimité aux résultats finaux des travaux [...] » », le Projet fait référence à la possibilité pour les parties à l'accord d'accéder « pleinement » aux résultats finaux des activités de R&D.*

Cette modification terminologique, sujette à interprétation, pourrait être source de contentieux futurs et d'insécurité juridique.

2.4 Sur la condition d'accès au savoir-faire préexistant en cas de d'exploitation conjointe des résultats

Le Projet consacre dans un nouvel article 4, les dispositions qui figuraient précédemment à l'article 3 § 3 du règlement en vigueur relatif à l'accès au savoir-faire préexistant dans les accords qui excluent l'exploitation conjointe des résultats des activités de R&D.

Le projet de lignes directrices horizontales révisées relatives à l'application de l'article 101 (3) du TFUE (le « projet de LD »)² précise que les parties, pour bénéficier de l'exemption, doivent déterminer, au moment de la conclusion de l'accord, « *le savoir-faire jugé indispensable à l'exploitation des résultats* » (§ 115).

Cette exigence pourrait s'avérer difficile à mettre en œuvre en pratique, les parties n'étant pas nécessairement en mesure, au moment de la conclusion de l'accord, de faire l'inventaire précis du savoir-faire préexistant indispensable à l'exploitation des résultats et, en conséquence, dissuader ou complexifier la conclusion de ces accords.

2.5 Sur l'absence de prise en considération des marchés connexes pour l'application des seuils de parts de marché

L'article 6 du Projet, comme l'article 4 du règlement en vigueur relatif au seuil de parts de marché et à la durée de l'exemption, envisage l'accord de R&D conclu entre deux parties non concurrentes sur le même marché et dispose que l'exemption s'applique à ces accords, indépendamment des parts de marché des parties pendant la durée de l'accord.

Le Projet, comme le projet de LD, occulte l'hypothèse des accords conclus entre non concurrents sur des marchés connexes, alors que le lien entre de tels marchés constitue un élément important pour apprécier la nature restrictive ou non de l'accord et son impact sur les marchés concernés³.

2.6 Sur l'absence de prise en considération des spécificités de certains marchés pour l'application des seuils

L'article 6 du Projet conserve, pour le bénéfice de l'exemption, le seuil de parts de marché cumulées de 25% des parties à l'accord de R&D qui figure à l'article 4 du règlement actuellement en vigueur.

Or, sur les marchés de produits innovants et technologiques, souvent concentrés sur un nombre réduit d'opérateurs, ce seuil ne nous paraît pas suffisamment prendre en considération les spécificités propres à certains secteurs, de sorte que le seuil est davantage susceptible d'être atteint. Ce seuil pourrait dissuader les entreprises de conclure de tels accords dans ces secteurs, et donc, constituer un frein à l'innovation.

² 2.5.2. Accès au savoir-faire préexistant

114. La deuxième condition pour pouvoir bénéficier de l'exemption en vertu du REC applicable à la R&D concerne l'accès au savoir-faire préexistant. Cette condition ne s'applique qu'aux accords de R&D qui excluent l'exploitation conjointe des résultats de la R&D et est limitée au savoir-faire indispensable à l'exploitation des résultats de la R&D.

115. De tels accords doivent stipuler que chacune des parties doit avoir accès au savoir-faire préexistant des autres parties si ce savoir-faire lui est indispensable aux fins de l'exploitation des résultats. Cela ne veut pas dire que les parties doivent intégrer tout leur savoir-faire préexistant dans le champ d'application de l'accord de R&D. Cependant, elles devront déterminer le savoir-faire jugé indispensable à l'exploitation des résultats. L'accord de R&D peut stipuler que les parties s'indemnisent pour l'accès consenti à leur savoir-faire préexistant. Toutefois, le montant de l'indemnisation ne doit pas être tel qu'il empêche en réalité l'accès aux résultats.

116. La condition concernant l'accès consenti au savoir-faire préexistant ne porte pas atteinte à la condition concernant l'octroi d'un plein accès aux résultats de la R&D, énoncée à l'article 3 du REC applicable à la R&D. Cela signifie qu'un accord de R&D donné peut, sous certaines conditions, devoir inclure des dispositions concernant aussi bien l'accès au savoir-faire préexistant que les résultats finaux de la R&D, afin de pouvoir bénéficier de l'exemption.

³ CJUE, 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító Zrt, affaire C-32/11, §§ 41 et 42

2.7 Sur les trois efforts concurrents de R&D visés à l'article 6§3 du Projet

L'article 6§3 du Projet précise que, lorsque les parties à l'accord sont des entreprises concurrentes, l'exemption s'applique pendant la durée des travaux de R&D si, au moment de la conclusion du contrat, « trois efforts concurrents » de R&D ou plus s'ajoutent à ceux des parties à l'accord ou sont comparables à ceux-ci.

Le projet de LD invite notamment, pour établir l'effort concurrent, à observer s'il existe des tiers à l'accord poursuivant en substance le même but ou objectif de l'accord ou si les efforts de R&D sont identiques ou susceptibles d'être substituables⁴.

Le projet de LD recommande ainsi de prendre en considération les « *informations fiables* » des efforts concurrents, tels que « *l'importance, le stade et le calendrier des efforts de R&D, les ressources financières et humaines des tiers (et leur accès à celles-ci), leurs droits de propriété intellectuelle, leur savoir-faire ou d'autres actifs spécialisés, leurs précédents efforts de R&D, et la capacité des tiers d'exploiter directement ou indirectement les résultats éventuels de leurs efforts de R&D au sein du marché intérieur et la probabilité qu'ils le fassent* »⁵.

En premier lieu, il importe de relever que l'ajout de cette condition va automatiquement exclure du bénéfice de l'exemption par catégorie tous les projets de recherche commune visant des innovations de rupture voire plus largement, d'autres projets. En tout état de cause, les trois premiers projets devraient, en toute rigueur, en être exclus.

De surcroît, la définition des efforts "concurrents" du point de vue de l'objectif est très imprécise selon que l'on en retient une acception stricte ou large. Par exemple, dans un des secteurs où la recherche est essentielle comme le secteur pharmaceutique, l'objectif devrait-il être défini au niveau du mode de traitement, de la pathologie, de l'aire thérapeutique, du simple "traitement" ?

En second lieu, cette exigence pourrait s'avérer difficile à mettre en œuvre en pratique, les parties n'étant pas nécessairement en mesure, au moment de la conclusion de l'accord, de disposer des informations sur les travaux de R&D réalisés par leurs concurrents, ni déterminer la comparabilité, la fiabilité, la probabilité, etc. notions toutes sujettes à interprétation. Cette condition pourrait ainsi dissuader ou complexifier la conclusion de ces accords.

Enfin, l'AFEC s'interroge sur le seuil de « trois » efforts concurrents qui figure dans le Projet, sur quel rationnel s'appuie ce chiffre ? Ce seuil ne nous paraît pas adapté, car trop difficilement atteint, pour les accords conclus sur des marchés concentrés, d'autant que le texte est déjà restrictif en visant les « *entreprises concurrentes en matière d'innovation* ».

2.8 Sur le retrait de l'exemption

Le Projet, contrairement au Règlement actuellement en vigueur, intègre une clause spécifique à la procédure de retrait de l'exemption accordée aux entreprises parties à l'accord de R&D.

Bien que les articles 10 et 11 du Projet listent les quatre situations dans lesquelles le bénéfice de l'exemption peut être retiré, l'AFEC relève toutefois qu'aucune précision n'est apportée par le Projet ou le projet de LD sur le cadre procédural de ce retrait, si ce n'est un renvoi à l'article 29 du Règlement

⁴ Projet de LD, § 148

⁵ Projet de LD, § 149

1/2003⁶ qui se contente d'indiquer que la Commission peut se saisir « *d'office ou sur plainte* ». La Directive n°2019/1⁷ n'apporte pas davantage d'éléments sur ce cadre procédural.

Ce manque d'encadrement procédural paraît source d'insécurité juridique. L'AFEC souhaite inviter la Commission à apporter des précisions sur cette procédure, d'autant que les affaires citées par le projet de LD⁸ dans lesquelles le bénéfice de l'exemption a été retiré sont anciennes et peu nombreuses.

3. Sur les accords de spécialisation

Dans sa précédente contribution, l'AFEC regrettait que le cadre réglementaire actuel ne tienne pas suffisamment compte des spécificités de certains secteurs plus dynamiques, notamment le secteur pharmaceutique et les nouvelles technologies.

- **Sur les propositions de modification des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale (« lignes directrices horizontales ») quant aux accords de production**

Dans l'ensemble, l'AFEC est plutôt favorable aux éclaircissements et ajouts apportés par le projet de lignes directrices horizontales sur les aspects relatifs aux accords de production, et se félicite notamment de l'introduction de définitions plus claires et détaillées.

- **Sur les propositions de modification de règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords de spécialisation**

Tout d'abord, l'AFEC se félicite de l'ouverture du champ d'application du règlement d'exemption sur les accords de spécialisation, ainsi que de la suppression du plafond de 25 % applicable à l'exemption dont bénéficient les parties pendant une durée de deux années civiles consécutives suivant l'année au cours de laquelle le seuil de 20 % a été dépassé pour la première fois.

Toutefois, l'AFEC s'interroge sur la pertinence de la méthodologie de calcul de la part de marché mise en œuvre dans le cas où l'année civile précédente ne serait pas représentative de la position des parties sur le(s) marché(s) en cause. Ainsi, la prise en compte de la moyenne des parts de marché détenues par les parties au cours des trois années civiles précédentes apparaît rigide et mal adaptée aux marchés nouveaux et très contestables ou sur lesquels les parts de marché des parties évoluent très rapidement (ex : secteur pharmaceutique, secteur des nouvelles technologies).

L'AFEC invite la Commission à clarifier ce point en prévoyant par exemple la prise en compte des parts de marchés détenues au cours d'une période moins importante (ex : calcul sur deux années civiles ou sur l'année N-2), pour les secteurs en rapide évolution.

Enfin, l'AFEC note que l'introduction de la possibilité pour les autorités de concurrence nationales de retirer le bénéfice de l'exemption dans les mêmes conditions que la Commission, notamment dans le

⁶ Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001>), pour des précisions sur le cadre et l'application de ce règlement, voir les « Key ECN Documents publiés sur le site de la Commission : https://ec.europa.eu/competition-policy/european-competition-network/documents_en

⁷ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>)

⁸ Projet de LD, § 184

cas où le marché serait très concentré, risque de créer une insécurité juridique supplémentaire pour les entreprises compte tenu du manque d'encadrement déjà relevé au point 2.8 sur les accords de R&D.

4. Sur les accords d'achat en commun (Joint Purchasing)

4.1 Sur la qualification d'une restriction par objet

Les précisions apportées par la Commission s'agissant de la distinction entre l'alliance d'acheteurs légitime et le cartel d'acheteurs constitutif d'une restriction par objet aux (points 316 et suivants du projet de lignes directrices) sont bienvenues. En particulier, il est bienvenu de rappeler que, lorsque mis en œuvre dans le cadre d'un accord d'achat groupé, certains échanges d'informations, ententes déguisées et pratiques de boycott peuvent constituer des restrictions par objet (points 318 et suivants du projet).

Cependant, au point 317 du projet de lignes directrices révisées, la Commission précise qu'une entente entre acheteurs constitutive d'une restriction par objet est clairement qualifiée lorsque les acheteurs, dans un premier temps, conviennent entre eux du prix d'achat et que, par la suite, chacun d'eux entre individuellement en négociations avec le fournisseur et achète auprès de lui.

L'AFEC invite la Commission à distinguer cette situation, clairement constitutive d'une restriction par objet car mise en œuvre dans le cadre d'une pratique concertée non constitutive d'une volonté de mutualisation d'un processus d'achat, de la possibilité, pour les parties à un accord d'achat groupé, de mettre en place une forme de « prix de réserve » au-dessus duquel ils pourraient retrouver leur liberté de négociation individuelle en dehors de l'accord, dès lors que les garde-fous nécessaires sont mis en place.

4.2 Sur l'analyse des effets des accords d'achat groupé sur la concurrence

- **Sur le pouvoir de marché**

Les précisions apportées par la Commission concernant les acheteurs de taille importante qui représentent conjointement une grande part des achats (points 329 et suivants du projet de lignes directrices révisées) apportent un éclairage utile sur l'approche à suivre dans le secteur de la grande distribution, et se rapprochent de la position adoptée en la matière par l'Autorité française de la concurrence (ci-après « ADLC ») dans son avis de mars 2015 relatif au rapprochement de centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution⁹ et dans deux décisions en date d'octobre et décembre 2020 relatives aux accords d'achat dans le secteur de la grande distribution¹⁰.

Plus spécifiquement, l'AFEC salue les efforts de clarification de la Commission s'agissant du scénario du préjudice potentiel en amont pour les fournisseurs (points 331 et suivants du projet), notamment la précision selon laquelle une puissance d'achat conjointe des parties à l'accord d'achat peut nuire aux incitations à l'investissement et forcer les fournisseurs à réduire la gamme ou la qualité des produits qu'ils fabriquent, en particulier lorsqu'il s'agit de petits fournisseurs¹¹.

⁹ ADLC, [avis n°15-A-06 du 31 mars 2015](#) relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

¹⁰ ADLC, [décision n°20-D-13 du 22 octobre 2020](#) relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever ; ADLC, [décision n°20-D-200 du 17 décembre 2020](#) relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Carrefour et Tesco.

¹¹ Voir, sur ce point, ADLC, avis n°15-A-06 du 31 mars 2015, précité, points 202 et suivants ; ADLC, décision n°20-D-13 du 22 octobre 2020, précité, points 95 et suivants ; et ADLC, décision n°20-D-200 du 17 décembre 2020, précité, points 76 et suivants.

En ce qui concerne le marché en aval, l'AFEC partage la position de la Commission selon laquelle plus le marché est concentré et plus les parties à un accord d'achat groupé détiennent ensemble un pouvoir de marché important, moins il est probable que les bénéfices et économies réalisées par le biais de l'accord soient répercutés sur les consommateurs (point 335 du projet de lignes directrices révisées).

Toutefois, les entreprises du marché et leurs conseils pourraient bénéficier d'une meilleure sécurité juridique si les lignes directrices révisées consacraient des développements plus détaillés à certains scénarios d'atteinte à la concurrence qui ne sont pas expressément visés par le projet.

A titre d'exemple, le projet ne vise pas expressément le risque d'éviction de distributeurs du fait de leur petite taille, communément désigné sous le nom d'« effet spirale » (*spiraling effect*), et se contente d'énoncer que « *la puissance d'achat des parties à l'accord d'achat groupé peut aussi être utilisée pour fermer le marché d'achat aux acheteurs concurrents en limitant leur accès aux fournisseurs efficaces* » (point 334). Le projet ne mentionne pas non plus l'effet dit de « vases communicants » (*waterbed effect*), qui vise les cas dans lesquels les tarifs plus avantageux obtenus par les distributeurs les plus importants auprès des fournisseurs pourraient avoir pour corolaire une augmentation des prix d'achat de leurs concurrents moins puissants. Dans son avis de mars 2015 relatif au secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, l'ADLC a apporté des précisions qui permettent d'illustrer ces pratiques et leurs effets négatifs potentiels pour la concurrence¹².

Enfin, si la Commission relève qu'il peut exister différentes formes d'intensité de la coopération dans le cadre d'accords à l'achat, elle ne prend ensuite pas en compte ces différents niveaux d'intensité dans l'appréciation des éventuels effets restrictifs de concurrence. Il aurait pu être intéressant que la Commission exprime sa position sur ce point notamment en indiquant que plus le champ de la négociation en commun est important (prix et autres conditions commerciales concourant à la détermination du prix dit « triple net »), plus les risques doivent faire l'objet d'une attention particulière.

- **Sur le risque de collusion**

Comme le souligne à juste titre le projet de lignes directrices révisées, la mise en œuvre d'un accord d'achat groupé peut nécessiter l'échange d'informations commercialement sensible telles que les prix et les volumes d'achat. Le point 341 précise que les effets secondaires de ces échanges peuvent être réduits lorsque les données sont recueillies par l'accord d'achat groupé, qui ne les communique pas à ses membres en adoptant des mesures d'ordre technique ou pratique visant à protéger leur confidentialité.

L'AFEC prend note du point 440 du projet qui, dans la section relative aux échanges d'informations, mentionne au titre de ces mesures d'ordre technique ou pratique l'exemple des « clean teams ». Il pourrait toutefois être opportun d'apporter des précisions supplémentaires sur la nature que pourraient prendre ces mesures dans le cadre spécifique de la mise en œuvre d'un accord d'achat en commun.

4.3 Sur le seuil de sécurité prévu pour les accords d'achat groupé

Enfin, l'AFEC considère que le seuil de sécurité de 15% applicable aux accords d'achat en commun et maintenu dans le projet de lignes directrices est trop bas. L'AFEC invite donc la Commission à rehausser ce seuil, par exemple en l'alignant sur le seuil de 20 % qui permet, en matière de concentrations horizontales, de déterminer les marchés affectés¹³, voire celui de 25 % visé par le règlement n°139/2004 en dessous duquel une concentration est réputée ne pas entraver la concurrence.

¹² ADLC, avis n°15-A-06 du 31 mars 2015, précité, points 189-190 et note de bas de page n°172.

¹³ Règlement CE n° 802/2004 du 21 avril 2004

5. Sur les accords de commercialisation

Si l'AFEC se félicite de certaines précisions apportées s'agissant des accords de commercialisation, néanmoins certains points nous paraissent mériter encore des éclaircissements. Il ressort notamment du projet de lignes directrices (point 378 du projet de lignes directrices révisées) que dans la plupart des cas il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15% dans le marché sur lequel elles commercialisent conjointement les produits contractuels et qu'en toute hypothèse, si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15% il est probable que les conditions énoncées à l'article 101 paragraphe 3 soient remplies.

Cette rédaction ne paraît pas satisfaisante pour l'AFEC dans la mesure où elle n'offre pas une zone de sécurité clairement définie et donc suffisante aux entreprises qui ne bénéficient pas d'une grille d'analyse détaillée.

En outre, l'AFEC salue les nouveaux développements substantiels consacrés aux groupements de soumissionnaires (point 385 du projet de lignes directrices révisées) et se félicite de la distinction clairement établie entre les groupements de soumissionnaires licites et la manipulation de procédure d'appel d'offres laquelle est illicite. A cet égard l'exemple ajouté nous paraît particulièrement illustratif (point 404 du projet de lignes directrices révisées.)

Il convient de saluer les clarifications apportées s'agissant des gains d'efficacité et notamment de l'affirmation selon laquelle la participation conjointe à un appel d'offres permet aux parties de soumettre une offre plus compétitive que les offres qu'elles auraient soumises seules (prix / qualité).

Enfin, l'AFEC se félicite des deux exemples ajoutés relatifs aux plateformes internet commune d'une part, et aux plateformes de distribution de médias d'autre part (points 400 et 403 du projet de lignes directrices révisées).

6. Sur les échanges d'information

Tout d'abord l'AFEC se félicite de la place consacrée par la Commission aux développements sur les échanges d'information, qui ont été substantiellement enrichis et détaillés.

Nous relevons que les critères de l'analyse de l'impact des échanges d'informations sensibles sont précisés consacrant ainsi la méthodologie appliquée par la jurisprudence. Les exemples relatifs au *gun jumping* permettent de préciser les contours de la notion et des contraintes applicables.

Dans la même perspective, la Commission consacre des développements substantiels à l'hypothèse d'échanges d'informations via un tiers, couramment dénommée "*Hub and Spoke*".

Nous relevons la définition claire des critères applicables à une *clean team* permettant ainsi de conforter les entreprises et leurs conseils dans les recommandations pratiques applicables en la matière. Les lignes directrices précisent que les personnes pouvant être incluses dans les échanges doivent être « out-of-opérations » et uniquement « on a need-to-know basis ».

A l'inverse, il nous semble que les futures lignes directrices pourraient être enrichies sur plusieurs points suivants :

- Les notions de « *big data analytic* » ou de « *machine learning techniques* » sont évoquées sans pour autant distinguer de façon exhaustive les différentes implications et risques qui s'y attachent. La pratique de « *Hub and spoke* » est mentionnée sans évoquer la collecte et l'utilisation de

données au sein des plateformes ou des réseaux. . Nous relevons l'introduction d'une nouvelle notion de « *Unilateral disclosure* », laquelle permet d'appréhender les nouvelles pratiques issues de l'utilisation de certains outils numériques comme les algorithmes ou certains logiciels. Il est regrettable que cette section ne procède pas à une distinction claire entre les notions d'implication (notamment par la seule réception de données sensibles) et de facilitateur (algorithme) ou à une précision des critères applicables à ces notions. Compte-tenu du caractère stratégique de ces nouveaux outils numériques pour les entreprises et de leur grande technicité, il serait souhaitable que la Commission consacre des lignes directrices spécifiques à ce sujet (cf. notre commentaire général ci-dessus en page 2).

- Nous regrettons l'absence de définition plus précise, pratique et illustrée des informations sensibles.
- Nous relevons qu'aucun critère précis n'est donné s'agissant du niveau d'agrégation pour limiter le risque d'échange d'informations sensibles nécessaire, lequel permettrait de conforter les acteurs sur les méthodes de collecte et de transmission de données agrégées.

7. Sur les accords de normalisation

Les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale contenaient déjà, dans leur rédaction de 2011, un titre 7 relatif aux accords de normalisation.

Cette rédaction antérieure prévoyait notamment des dispositions spécifiques relatives aux engagements et aux licences FRAND et aux éléments devant être pris en compte en cas de différend.

Le projet de Lignes directrices révisées reprend l'essentiel des dispositions antérieures relatives aux accords FRAND, sans y apporter de modifications substantielles.

S'agissant de l'évaluation des potentiels effets restrictifs de concurrence des accords de normalisation, les lignes directrices reprennent à l'identique les conditions dans lesquelles les accords de ce type n'entrent en principe pas dans le champ d'application de l'article 101§1 (§474 à 483 des lignes directrices).

Il est précisé que le non-respect d'un ou de tous les principes exposés n'entraînera pas de présomption de restriction de la concurrence au sens de l'article 101§1 mais une auto-appréciation sera nécessaire afin de déterminer si l'accord relève de l'article 101§1, et, dans l'affirmative, si les conditions de l'article 101§3, sont satisfaites.

Les principes exposés sont par ailleurs en conformité avec les règles existant aujourd'hui dans le domaine des accords FRAND, majoritairement issues de la jurisprudence et des organismes d'élaboration des normes.

Les lignes directrices précisent ensuite aux § 486 et suivants, les éléments qui peuvent être pris en compte pour apprécier le caractère déloyal ou déraisonnable des redevances imposées en vue de l'accès à des DPI dans le cadre du processus d'élaboration de normes, en cas de différend entre les parties.

S'agissant de la nature impérative ou non de ces éléments, les lignes directrices précisent qu'elles « *ne cherchent pas à dresser une liste exhaustive des méthodes appropriées permettant d'apprécier le caractère éventuellement excessif ou discriminatoire des redevances au sens de l'article 102* » et « *qu'aucune des dispositions des présentes lignes directrices ne préjuge de la possibilité, pour les parties, de régler leurs différends concernant le niveau FRAND des taux de redevance en s'adressant aux*

juridictions civiles ou commerciales compétentes ou en ayant recours à des modes alternatifs de règlement des litiges. »

La question du calcul du taux FRAND étant celle qui soulève le plus d'interrogations et de contentieux en pratique, ces précisions étaient et restent bienvenues.

Par ailleurs, l'AFEC constate que la Commission n'a par ailleurs pas jugé nécessaire de codifier les principes établis par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt rendu, le 16 juillet 2015, dans l'affaire opposant la société Huawei Technologies aux sociétés ZTE¹⁴ pour un cadre général de négociations, en 5 étapes, qui doit être respecté avant toute mesure d'interdiction. Ces recommandations ont certes été émises dans le cadre d'une procédure d'abus de domination et leur extension aux hypothèses d'ententes aurait pu s'avérer moins opportune.

En l'absence de difficulté d'application relative aux lignes directrices, l'absence de changements substantiels n'appelle pas de commentaires particuliers de la part de l'AFEC.

8. Sur les accords dits de durabilité (*Sustainability agreements*)

L'AFEC se félicite de la prise en compte des observations précédemment formulées au sujet des accords de durabilité, et salue l'ajout au projet de lignes directrices d'un chapitre dédié à ce type d'accords, qui présentent leurs propres spécificités et dont l'objet même nécessite parfois la mise en œuvre de mesures de coopération entre concurrents. Les orientations introduites par la Commission seront utiles aux fins de déterminer les circonstances dans lesquelles ces accords relèvent ou non de l'article 101 du TFUE et soulèvent des problèmes de concurrence, ainsi que les cas dans lesquels les restrictions de concurrence inhérentes à ces accords peuvent être justifiées sur le terrain de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE.

8.1 Sur l'introduction de la notion d'accords de durabilité

L'accord de durabilité (*sustainability agreement*) est introduit par la Commission dans le projet de lignes directrices, avec pour objectif de fournir des orientations supplémentaires sur l'évaluation des conditions de l'exemption en tant que gains d'efficacité qualitatifs ou quantitatifs dans l'évaluation au titre de l'article 101§3 (§549 du projet de lignes directrices).

Ces accords s'inscrivent dans le projet plus large de la Commission d'intégrer la durabilité à sa politique en matière d'agriculture, d'action sociale et d'économie. La durabilité est réellement associée à la politique de concurrence depuis 2019, lorsque la Commission avait fait part de sa volonté d'aligner les politiques de l'Union sur les objectifs de développement durable (ODD)¹⁵.

Cette approche devrait être confortée sur la base des nombreuses prises de position récentes, de la Commission en particulier.¹⁶

L'AFEC note avec intérêt le **lien entre durabilité, gains d'efficience et résilience** (cf. en ce sens le paragraphe 578). Les lignes directrices sur les accords horizontaux sont à même de contribuer davantage à l'ambition européenne, pour autant que les développements sur les accords de durabilité soient

¹⁴ CJUE, C-170/13, 16 juillet 2015, Huawei Technologies Co. Ltd contre ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH

¹⁵ Conférence de la Commission européenne, Durabilité et politique de la concurrence : Faire le lien entre deux mondes pour parvenir à une économie plus juste, conférence, le 24.10.2019, Bruxelles https://europa.eu/newsroom/events/sustainability-and-competition-policy-bridging-two-worlds-enable-fairer-economy_fr

¹⁶ **Commission dans sa communication de mars 2022** sur le modèle européen de croissance, pour « une économie verte, numérique et résiliente », **Déclaration de Versailles (mars 2022)** - <https://www.consilium.europa.eu/media/54777/20220311-versailles-declaration-fr.pdf>

approfondis et explicités notamment sur les aspects de résilience et de numérique notamment, en particulier s’agissant des efficacies.

Il s’agit d’apporter aux entreprises les incitations et la sécurité juridique qui encourageront le déploiement de projets au soutien des objectifs européens ce qui doit être approuvé. Cela étant, il n’en demeure pas moins que certains points du projet de lignes directrices devraient être précisés par la Commission pour que les entreprises contractantes disposent de davantage de sécurité juridique pour les encourager réellement à conclure de tels accords.

La notion d’accords de durabilité ne soulevant pas de problème de concurrence (point 9.2 du projet) devrait être précisée pour inclure des initiatives sectorielles de plans de vigilance permettant la mise en commun, au niveau sectoriel ou de filière, de démarche extérieure (consultants) pour analyser la chaîne de valeurs (approvisionnement/ industrie...) ¹⁷.

En effet, le paragraphe 560 du projet de lignes directrices précise que lorsque les parties prétendent qu’un accord, qui semble viser la fixation des prix, la répartition des marchés ou des clients, la limitation de la production ou de l’innovation, poursuit en réalité un objectif de durabilité, elles devront présenter tous les faits et éléments de preuve démontrant que l’accord poursuit véritablement cet objectif et n’est pas utilisé pour dissimuler une restriction de concurrence par objet.

Le projet de lignes directrices n’apporte néanmoins pas d’assurance que la poursuite de cet objectif doit effectivement être pris en compte (le paragraphe 559 se contente d’indiquer qu’il “peut” être pris en compte) ni aucune précision sur la manière dont cet objectif doit être présenté ou apprécié par les parties, si ce n’est une note de bas de page 319 renvoyant à la notion, sujette à interprétation, de « doute raisonnable ».

En outre, le projet de lignes directrices n’apporte aucun élément de réponse sur la question (i) de savoir si la durabilité doit constituer l’objectif unique et principal de l’accord, ou s’il peut en constituer seulement le complément et (ii) du traitement d’un accord qui, en cours d’exécution, perdrait sa substance durable.

La rédaction retenue interroge également du point de vue de la charge de la preuve, dans la mesure où c’est aux autorités de concurrence (Commission / autorités nationales) qu’il incombe de rapporter la preuve d’un comportement anticoncurrentiel alors que le projet impose, *a contrario*, aux parties de rapporter la preuve de l’objectif durable. Aucune précision n’est apportée sur le cadre procédural dans lequel s’inscrit cette démonstration et instituerait, de notre point de vue, une charge probatoire préjudiciable aux droits de la défense des entreprises concernées.

Faudrait-il en outre comprendre de la formulation du paragraphe 560 visant l’avancement « *de tous les faits éléments de preuve* » et l’adjonction de l’adverbe « *réellement* » que les parties devront à la fois rapporter la preuve de l’objectif durable mais également de l’absence d’objectif ou d’effet de fixation des prix, de répartition des marchés/des clients, de limitation de la production ou de l’innovation ?

¹⁷ Voir en ce sens :

- les principes directeurs à l’intention des multinationales de l’OCDE -2011 – « *Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international* »

- la proposition de directive sur le devoir de vigilance : art 14 (mesures d’accompagnement) qui propose de faciliter les initiatives conjointes des parties visant à aider les entreprises à remplir leurs obligations (§ 3) ou à faciliter les initiatives multipartites (§ 4).

Ces points devraient d'autant plus être éclaircis qu'ils constitueront un référentiel pour permettre aux autorités nationales de concurrence d'évaluer les gains d'efficience de l'accord (§ 549).

8.2 Sur les accords de durabilité qui ne soulèvent pas de préoccupations de concurrence d'après le projet de lignes directrices

Au paragraphe 551 du projet de LD, la Commission précise que tous les types d'accords de durabilité ne soulèvent pas des préoccupations de concurrence et dresse une liste des accords qui ne soulèveraient pas de telles préoccupations, à savoir :

- (i) les accords qui ne portent pas sur l'activité économique des concurrents, mais sur leur comportement d'entreprise interne (§552) ;
- (ii) les accords relatifs à la création d'une base de données renfermant des informations sur les fournisseurs qui disposent d'une chaîne de valeur durable, ont recours à des procédés de production durables et fournissent des intrants durables, ou sur les distributeurs qui vendent les produits de manière durable, sans qu'ils imposent aux parties d'acheter auprès de ces fournisseurs ou de vendre à ces distributeurs (§553) ; et
- (iii) les accords conclus entre concurrents qui se rapportent à l'organisation de campagnes de sensibilisation à l'échelle du secteur ou de campagnes visant à sensibiliser les clients au sujet de l'empreinte environnementale de leurs habitudes de consommation, sans que ces campagnes ne constituent une promotion (§554).

Nous relevons, à titre liminaire, qu'il n'est pas précisé si cette liste est exhaustive ou non.

De plus, pour ces accords, la Commission pourrait soutenir plus clairement l'ampleur de la coopération industrielle, notamment en facilitant les initiatives multipartites de plans de vigilance permettant la mise en commun, au niveau sectoriel ou au niveau des filières, de démarches extérieures (par exemple, le recours à des consultants) pour analyser la chaîne de valeurs (approvisionnement, industrie, etc.), sur le modèle de la proposition de directive relative au devoir de diligence.

• Les accords de durabilité relatifs à la création d'une base de données (§553)

Le § 553 du projet de lignes directrices évoque la création d'une base de données, sans toutefois envisager les accords dont l'objet porterait sur l'accès à la base de données, alors que cet accès est susceptible de soulever des préoccupations de concurrence et, partant, de porter atteinte au principe de la sécurité juridique.

Une base de données qui ne serait accessible que par un nombre limité d'opérateurs pourrait en effet aboutir à l'éviction d'opérateurs tiers, d'autant plus préjudiciable si cette base de données comporte des informations clefs et stratégiques concernant des fournisseurs, caractérisant ainsi une barrière à l'entrée¹⁸.

La restriction de l'accès à la base, qu'elle soit directe (refus d'accès) ou indirecte (accès à un prix et des conditions excessifs), soulèverait d'autant plus de préoccupations de concurrence dans l'hypothèse où elle serait qualifiée de facilité essentielle.

A noter qu'en droit interne, pour retenir une telle qualification, l'Autorité considère qu'« *il faut que la base de données qu'elle soit indispensable pour concurrencer sur un marché en aval, qu'il soit*

¹⁸ ARCELIN L., « *Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 45, 7 Novembre 2019, 1493

impossible d'en reproduire un équivalent par des moyens raisonnables »¹⁹ et que cela ait pour effet d'éliminer toute la concurrence sur un marché en aval²⁰.

De manière plus générale et « même en l'absence de facilité essentielle, un refus d'accès opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante, dès lors qu'il fausse de manière sensible le jeu de la concurrence »²¹.

A noter également la position de la Cour d'appel de Paris qui paraît considérer que si l'accès à une base de données constitue l'unique moyen pour des opérateurs d'accéder à un marché déterminé, le refus d'accès opposé par un opérateur est susceptible de constituer une exploitation abusive d'une position dominante, y compris si les informations contenues dans la base sont couvertes par le secret des affaires²².

Le législateur européen est aussi sensible à la question et l'envisage dans la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données²³, le Considérant 47 du Préambule énonçant que « dans le but de favoriser la concurrence entre les fournisseurs de produits et de services dans le secteur du marché de l'information, la protection par le droit sui generis ne doit pas s'exercer de manière à faciliter les abus de position dominante, notamment en ce qui concerne la création et la diffusion de nouveaux produits et services présentant une valeur ajoutée d'ordre intellectuel, documentaire, technique, économique ou commercial; que, dès lors, les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application des règles de la concurrence, qu'elles soient communautaires ou nationales; » ainsi que l'article 13 relatif au maintien des autres dispositions²⁴.

Le projet de lignes directrices ne traite pas non plus de l'exploitation conjointe de la base de données, une fois celle-ci constituée. Une répartition inégale ou discriminatoire des droits sur la base pourrait, là encore, caractériser des pratiques d'éviction.

Aucune indication n'est en outre donnée sur la répartition, dans ces accords, des droits sur la base de données à l'issue de sa création, laquelle répartition pourrait également donner lieu à des pratiques d'éviction.

Au regard des risques et incertitudes relevées concernant cette disposition, il conviendrait de la circonscrire et préciser davantage, pour permettre aux entreprises d'appréhender, d'un point de vue concurrentiel, la pratique de création et exploitation conjointe d'une base de données.

¹⁹ Autorité de la Concurrence, décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales §166

²⁰ ARCELIN L. précité

²¹ Autorité de la Concurrence, décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales §192

²² CA Paris, 12 octobre 2017 n°15/14038 : « Dans la mesure où la communication de ces informations par la société TDF à ses concurrents éventuels était l'unique moyen d'ouvrir ce marché, tout refus de sa part de les transmettre, fussent-elles couvertes par le secret des affaires, aurait constitué une exploitation abusive de sa position dominante. »

²³ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

²⁴ Article 13 - Maintien d'autres dispositions : « La présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment le droit d'auteur, les droits voisins ou d'autres droits ou obligations subsistant dans les données, les œuvres ou les autres éléments incorporés dans une base de données, les brevets, les marques, les dessins et modèles, la protection des trésors nationaux, le droit des ententes et de la concurrence déloyale, le secret des affaires, la sécurité, la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée, l'accès aux documents publics ou le droit des contrats. »

- **Les accords de durabilité relatifs à l'organisation de campagnes de sensibilisation**

Les accords de durabilité portant sur l'organisation de campagnes de sensibilisation visées par le paragraphe 554 du projet de lignes directrices seraient, de manière générale, insusceptibles de poser des problèmes de concurrence au sens de l'article 101.

En premier lieu, de telles campagnes pourraient être appréhendées par l'article 102 du TFUE au titre de pratiques d'abus de position dominante collective, ce qui ne figure pas dans le projet de lignes directrices.

En second lieu, aucun élément supplémentaire n'est apporté aux entreprises pour leur permettre de mesurer l'impact de telles campagnes et de leurs pratiques sur le marché.

Or, dans la mise en œuvre de la situation visée par le paragraphe 554, ne pourrait-on pas considérer que de telles campagnes constituent nécessairement des outils de promotion (de l'entreprise elle-même et/ou de ses produits), de sorte que cette disposition serait vidée de sa substance, et donc de son utilité ?

En tout état de cause, dans la mesure où ces campagnes nécessitent des moyens matériels et financiers importants et sont souvent relayées par des représentants d'intérêts ou des associations professionnelles ne pourraient-elles pas, ici encore, donner lieu à des pratiques discriminatoires d'éviction directes ou indirectes dans le cas où certains opérateurs seraient exclus de la participation à ces campagnes ?

Une telle éviction serait alors d'autant plus préjudiciable que les consommateurs sont aujourd'hui plus enclins à consommer des produits plus « durables » ou ayant intégré un circuit de distribution plus « durable »²⁵. L'attention des consommateurs à la qualité écologique des produits ayant d'ailleurs été relevée par la Cour de justice²⁶.

8.3 Sur l'appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE

- **Remarques générales**

L'AFEC regrette que le projet de lignes directrices révisées n'aborde pas de façon plus détaillée certains exemples concrets dans lesquels la coopération est indispensable à la mise en œuvre d'accords de durabilité, tels que le trading d'oxyde de carbone (CO₂), qui implique notamment des échanges d'informations sur les volumes de production, ou encore la gestion des déchets et les filières de collecte de produits à valeur énergétique (huile, pneus, etc.).

En outre, il serait utile que les nouvelles lignes directrices apportent des orientations supplémentaires en ce qui concerne les échanges d'informations au sein des consortiums d'entreprises fabricant ou important des substances chimiques, les FEIS (« forum d'échanges d'informations sur les substances »), dont la constitution est rendue obligatoire par le règlement REACH. En effet, une communication de la Commission Environnement de novembre 2015 précise que les échanges d'informations ayant lieu dans le cadre des FEIS doivent être conformes aux prescriptions des articles 101 et 102 TFUE, et ce alors même qu'en pratique, les informations nécessairement échangées dans ce cadre sont granulaires et ne

²⁵ Kantar Europe Sustainability Foundational Study 2021, « *Sustainability: The European Story ; Exploring what sustainability means to consumers and how brands can navigate their journey* »

²⁶ CJUE, 15 janv. 2013, *BSH / OHMI (ecoDoor)*, T-625/11 § 30 citant notamment TUE, quatrième chambre, 24 avril 2012, *Leifheit/OHMI (EcoPerfect)*, T-328/11 § 45 (décision non publiée au recueil) : « Or, les consommateurs sont de plus en plus attentifs à la qualité écologique des produits, dont leur consommation d'énergie, et aux processus de fabrication respectueux de l'environnement [...] »

sont pas historiques. L'AFEC invite donc la Commission à clarifier sa position sur ce point au sein des lignes directrices révisées (cf. notre remarque générale ci-dessus p.3).

- **Sur les accords de normalisation en matière de durabilité**

Le projet de lignes directrices aborde également les « accords de normalisation en matière de durabilité », qui précisent les exigences que les producteurs, commerçants, fabricants, détaillants ou prestataires de services opérant sur la chaîne d'approvisionnement sont susceptibles de devoir respecter en ce qui concerne une large gamme potentielle d'indicateurs de durabilité, tels que les incidences environnementales de la production. En règle générale, il est précisé que ces accords prévoient des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques applicables aux produits et aux méthodes de production selon ces indicateurs de durabilité et sont parfois appelés « systèmes de durabilité » (§562).

Le projet de lignes directrices n'aborde que les accords de durabilité élaborés par les concurrents ou auxquels les concurrents prennent part, y compris les marques ou labels de qualité et distinguent ces accords des accords de durabilité *stricto sensu* (§562).

Il s'agit souvent d'initiatives privées qui couvrent tout un éventail de normes, des codes de conduite établis unilatéralement par les entreprises aux normes dirigées par une organisation de la société civile en passant par les initiatives pluripartites impliquant des entreprises actives sur l'ensemble de la chaîne de valeur (§ 562).

- Sur l'absence de précisions relatives au contrôle de la valeur durable des normes élaborées

Nous relevons, en premier lieu, que si le projet de lignes directrices envisage la transparence de la procédure d'élaboration de la norme (§572), il ne contient toutefois aucune précision sur le contrôle de la valeur durable des normes élaborées.

Des indicateurs en matière de développement durable ont pourtant été adoptés par certaines institutions²⁷ et des indicateurs *ODD* (« Objectif développement durable ») ont même intégré la politique en matière de développement durable de la Commission²⁸.

Ces indicateurs pourraient, par exemple, servir de référentiel pour l'évaluation de la valeur durable ou non de l'accord et même aligner l'accord sur la politique durable menée par la Commission.

- Sur les sept conditions cumulatives pour bénéficier de l'exemption

Pour que les accords de normalisation en matière de durabilité ne produisent pas « *des retombées négatives appréciables sur la concurrence* » et n'enfreignent pas l'article 101 (1) TFUE, le paragraphe 572 du projet des lignes directrices liste sept conditions cumulatives²⁹.

²⁷ A titre d'exemples, United Nations, *Indicators of Sustainable development : guidelines and methodologies*, dernière édition 2007 (<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/guidelines.pdf>) et United Nations, *Cadre central du Système de comptabilité économique et environnementale*, 2012 (https://seea.un.org/sites/seea.un.org/files/seea_cf_final_fr.pdf)

²⁸ Commission européenne, Eurostat, *Indicateurs de développement durable* (<https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/sdi/indicators>)

²⁹ § 572 du projet de LD : « *Premièrement, la procédure d'élaboration de la norme de durabilité est transparente et l'ensemble des concurrents intéressés peut prendre part au processus débouchant sur la sélection de la norme. Deuxièmement, la norme de durabilité ne doit pas obliger (directement ou indirectement) les entreprises ne souhaitant pas participer à la norme à se conformer à cette dernière.* »

La procédure d'élaboration de la norme doit d'abord être transparente (1) et toutes les entreprises concurrentes doivent pouvoir « *prendre part au processus débouchant sur la norme* » (2).

(1) La condition de transparence renvoie au paragraphe 479 du projet de lignes directrices relatif aux accords de normalisation et suggère que l'organisme d'élaboration de normes concerné dispose « *de procédures qui permettent aux parties prenantes de prendre effectivement connaissance, en temps voulu et à chaque étape de l'élaboration de la norme, des travaux de normalisation à venir, en cours et terminés* ».

(2). Le respect de cette condition suppose en outre que toutes les entreprises qui le souhaitent puissent participer à la procédure d'élaboration de la norme.

La quatrième condition requiert des parties à l'accord qu'ils n'échangent pas d'informations commercialement sensibles entre eux qui ne soient pas essentielles à l'élaboration, à l'adoption ou à la modification de la norme.

Néanmoins, afin d'aboutir à un accord, des informations sensibles devront nécessairement être échangées, de sorte que les entreprises ne seront pas en mesure de déterminer les informations qui peuvent être communiquées/exploitées pour l'élaboration de la norme, ce qui, là encore, pourrait vider de sa substance la présente condition, et donc le bénéfice de l'exemption, et constituer un frein à l'innovation et l'élaboration de normes durables.

La cinquième condition inclut la possibilité pour les tiers à la procédure d'élaboration de pouvoir bénéficier du résultat de la procédure de normalisation.

En premier lieu, il pourrait résulter de cette condition une forme de parasitisme au titre duquel des entreprises qui n'auraient déployé aucun effort et investissement pour l'élaboration de la norme pourraient néanmoins bénéficier des avantages et solutions issues de cette norme.

En second lieu, ainsi que le précise le paragraphe 564, l'adoption d'une norme débouche dans de nombreux cas sur l'apposition d'un logo, d'une marque ou d'un label sur les produits que les entreprises y adhérant distribuent.

Or, dans un tel cas, le respect de cette cinquième condition pourrait porter atteinte à la fonction distinctive du logo, marque ou label découlant de l'élaboration de la norme et uniformiser le marché.

La sixième condition implique que la norme ne débouche pas sur une augmentation considérable du prix ou d'une restriction conséquente de la diversité des produits disponibles sur le marché.

Troisièmement, les entreprises impliquées doivent rester libres d'adopter pour elles-mêmes une norme de durabilité plus stricte que celle convenue avec les autres parties à l'accord (par exemple elles peuvent décider de recourir à des intrants plus durables que ne l'exige la norme pour leur produit final).

Quatrièmement, les parties à la norme de durabilité ne doivent pas échanger d'informations commercialement sensibles qui ne sont pas essentielles à l'élaboration, à l'adoption ou à la modification de la norme.

Cinquièmement, l'accès effectif et non discriminatoire au résultat de la procédure de normalisation doit être garanti. Cela doit englober l'accès effectif et non discriminatoire aux exigences et aux conditions préalables à l'obtention du label convenu ou à l'adoption de la norme à une étape ultérieure par les entreprises n'ayant pas participé au processus d'élaboration de la norme.

Sixièmement, la norme de durabilité ne doit pas déboucher sur une augmentation considérable du prix ou à une restriction conséquente de la diversité des produits disponibles sur le marché.

Septièmement, il devrait exister un mécanisme ou un système de suivi afin de veiller à ce que les entreprises adoptant la norme de durabilité en respectent bien les exigences ».

L'AFEC partage la position de la Commission selon laquelle les accords instaurant des normes de durabilité peuvent échapper à l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE uniquement si la norme de durabilité ne débouche pas sur une augmentation considérable du prix ou à une restriction conséquente de la diversité des produits disponibles sur le marché. Il convient toutefois de garder à l'esprit qu'il est extrêmement difficile pour les entreprises de déterminer *ab initio* la variabilité du prix induite par les efforts engagés pour élaborer, fabriquer et commercialiser des produits plus durables, et que l'appréciation *ex ante* de cet impact sur les prix crée une insécurité juridique qui freine l'incitation aux initiatives durables. L'application de cette condition semble donc délicate en pratique.

En outre, bien que le paragraphe 573 reconnaisse qu'une augmentation du prix soit possible, celle-ci devrait être seulement négligeable en raison des économies d'échelle réalisées par la norme adoptée par des entreprises qui représentent une part de marché considérable.

Le projet de lignes directrices n'envisage donc pas les accords de normalisation conclus entre des entreprises disposant de parts de marché moins importantes, ce qui pourrait constituer un frein à l'innovation de ces dernières.

En outre, une plus grande flexibilité devrait être introduite quant à l'appréciation de cette condition, dans la mesure où un accord de normalisation peut susciter des investissements plus ou moins importants, qui devraient nécessairement pouvoir être répercutés sur le prix, sauf, là encore, à constituer un frein à l'innovation.

La septième condition commande enfin aux entreprises qui adoptent la norme de durabilité de mettre en place un mécanisme ou un système de suivi pour vérifier qu'elles en respectent bien les exigences.

Aucune précision n'est donnée par le projet de lignes directrices pour permettre aux entreprises de mettre en place un tel système, outre qu'il pourrait susciter des préoccupations de concurrence et, notamment, permettre l'échange d'informations, la répartition de marchés et l'instauration d'un système unique de surveillance des entreprises liées.

8.4 Sur l'appréciation des accords de durabilité au regard de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE

S'agissant de la possibilité pour les accords de durabilité de bénéficier d'une exemption individuelle, l'AFEC accueille favorablement l'inclusion dans la définition de la notion de « gains d'efficience » de critères de durabilité, de résilience et d'emploi de technologies plus propres, qui permettra d'exempter uniquement les accords qui sont effectivement susceptibles d'aboutir à une meilleure durabilité.