

Réponse de l'AFEC à l'appel à contributions de la Commission européenne

"La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe"

20 Novembre 2020

L'Association Française d'Etude 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'entreprises, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est membre 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 textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence conformément à son objectif de défense, dans l'exercice des activités économiques, commerciales, industrielles et artisanales, du principe de la libre concurrence nationale et internationale contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite. Ces observations n'engagent aucun membre individuel mais sont le fruit de discussions et compromis.

* * *

Executive summary

Part 1: Antitrust rules

1.1 Examples of co-operations to support Green Deal objectives

Recommendation n°1: Allow certain exchanges of information that would be environmentally virtuous. The Commission could provide guidance (*i.e* soft law such as guidelines) to enable undertakings to limit the dissemination of commercially sensitive information between competitors in the context of environmental cooperation.

Recommendation n°2: Allow certain exchanges under the quota purchase and sale system or regarding polluting gas reduction agreements, which allow the fulfillment of environmental objectives. Future guidelines could, for example, identify possible trades to improve the legal security of undertakings and whether or not it is possible to pass on the price of emission permits in the price of final products.

Recommendation n°3: Facilitate the coordination of undertakings in sectors where such undertakings organize themselves to jointly manage their waste outside the intervention of an eco-organization insofar as such coordination is necessary, in particular to agree on the impact of additional costs.

Recommendation n°4: Clarify the conditions under which competing undertakings may come together to develop environmental standards and norms in order to maintain and/or introduce more environmentally friendly products on the market.

Recommendation n°5: Guide undertakings that use raw materials as to the conditions for implementing joint purchase agreements between them in order to (i) improve the quality of raw material production methods by investing in farms that commit to specifications and (ii) guarantee producers minimum prices corresponding to a fair remuneration.

Recommendation n°5: Amend, in light of the current market dynamics, the Research and Development Block Exemption Regulation (1217/2010) so that agreements no longer have to provide that all parties have unlimited access to the final results of joint or compensated research and development work. This would allow undertakings to have an economic interest in sharing the results of joint research and development with third parties.

1.2 Co-operations not restricting competition

Recommendation n°1: Include an environmental dimension in the Guidelines to make it easier for undertakings to assess horizontal and vertical environmental cooperation agreements and unilateral corporate behavior.

Recommendation n°2: Given the wide diversity of cooperation that can be established in the environmental field, allowing undertakings to informally seek guidance from the Commission in the event of uncertainty as to the legality of their contemplated agreements.

Recommendation n°3: Extend the scope of application of Article 10 of Regulation 1/2003 to certain agreements concerning the protection of the environment.

Recommendation n°4: Introduce a block exemption regulation for agreements between undertakings on key environmental matters.

1.3 Cooperations restricting competition

Recommendation n°1: Exempt agreements under Article 101(3) of the TFEU when they foster technical or economic progress on account of their objective of environmental protection.

Recommendation n°2: Consider, in the context of this exemption, that the user takes advantage of the lesser impact of its consumption on the environment to determine that these agreements reserve a fair share of their benefit to users.

Recommendation n°3: Specify, in future Guidelines, the types of market failures that might require the implementation of potentially anti-competitive cooperation agreements.

Part 2: Merger control

Recommendation n°1: Reinforce the tools available to the Commission to better understand the environmental challenges of mergers: (i) hiring economists specialized in environmental policy analysis, (ii) updating current soft law documents, (iii) enhancing cooperation between the European Commission and experts or authorities specializing in environmental matters.

Recommendation n°2: Create legal tools to balance the economic assessment of a concentration with its environmental assessment: (i) consider a potential power of evocation that could allow the Council of the EU to authorize or prohibit a concentration by taking into consideration issues other than the strict protection of competition, (ii) include environmental protection in the list of legitimate interests that may be put forward by Member States to prohibit an operation authorized by the Commission or to authorize an operation prohibited by the Commission, (iii) entrust an organization independent from DG COMP with the task of carrying out the environmental balance sheet of a concentration alongside its competitive assessment.

Part 3: State aid control

1.1 Changes to be made to the control of state aid for greater support of the objectives of the Green Pact

Recommendation: Strengthen the consideration of environmental issues in the context of state aid control by revising the Environmental and Energy Aid Guidelines in 2022: (i) soften the conditions of application of aid intended to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State (Art 107(3) b) of the TFUE), (ii) construe, more widely, the notion of "*measure contrary to the common interest*" (Art 107(3) c) of the TFUE), (iii) define the environment as a heritage (Art 107(3) d) of the TFUE) or consider that the climate emergency is a natural calamity registered in the long term (Art 107(2) b) of the TFUE), (iv) define by the Council of the EU categories of exemptible aid (Art 107(3) e) of the TFUE).

The green malus

Recommendation: To make sure that fewer state aid measures are approved for activities with a negative impact on the environment, train specialized teams in DG COMP or cooperate with DG Environment or national authorities specialized in environmental matters.

The green bonuses

Recommendation: To make sure that more state aid measures are approved for activities that have a positive impact on the environment, adopt a competition policy that encourages the development of more environmentally friendly technologies and production methods.

Defining Positive Environmental Benefits

Recommendation: Take as a basis the classification proposed by the Taxonomy Regulation (2020/852), better define the transition activities and review the material scope of this Regulation.

* * *

Le 13 octobre 2020, la Commission européenne (ci-après, la "**Commission**") a publié un appel à contributions invitant au débat sur la façon dont le droit de la concurrence pourrait contribuer à la réalisation des objectifs du pacte vert pour l'Europe. Cette initiative suit celle de plusieurs autorités nationales de concurrence¹, ou encore de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (ci-après l'« OCDE »)², qui s'interrogent sur la façon dont les considérations liées à la protection de l'environnement pourraient être mieux intégrées à l'analyse concurrentielle.

Un groupe de travail³, a été constitué par l'AFEC pour mener une réflexion sur ce thème et répondre aux questions de la Commission.

Au contraire de la protection de la concurrence⁴, la protection de l'environnement est un objectif affirmé par les traités fondateurs de l'Union européenne⁵. Il doit faire l'objet d'une mise en œuvre cohérente en application de l'article 7 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après,

¹ En mai 2020, l'autorité de concurrence française, aux côtés de sept autres autorités de régulation, s'est engagé à accorder une place plus importante à la protection de l'environnement dans l'exercice de ses missions. En juillet 2020, l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et les marchés (Autoriteit Consument & Markt) a publié un projet de lignes directrices portant sur la conformité au droit de la concurrence des coopérations d'entreprises ayant des effets bénéfiques pour l'environnement. Enfin, en septembre 2020, la Commission grecque de concurrence (Επιτροπή Ανταγωνισμού) a publié un document de travail étudiant les pistes envisagées pour une plus grande protection de l'environnement.

² L'OCDE a consacré de nombreuses tables rondes au sujet (cette liste n'étant, du reste, pas exhaustive) : *Competition policy and environment* (1995), *Environmental regulation and competition* (2006), *Pro-active policies for green growth and the market economy* (2010), *Horizontal agreements in the environmental context* (2010), *Electricity : Renewables and smart grids* (2010), *Emission permits and competition* (2011). La prochaine, intitulée "*Sustainability and competition*", doit se tenir en décembre 2020.

³ Ce groupe de travail, dont les travaux ont été coordonnés par Michaël Cousin, avocat au cabinet Ashurst, était composé des personnes suivantes : Jérémy Bernard, avocat (Delcade), Pascal Beugel (Dauphine), Thierry Boillot, juriste, Cécile Chantre (Groupe La Poste), Emmanuelle Flament-Mascaret (AFEP), Solène Frache (Université Paris Dauphine), Laetitia Gosselet, avocate (Maulin Avocats), Gaetan Kerdranvat (Université Paris Dauphine), Sophie Lachaud, avocate (Prôreus), Alexandre Marescaux, élève-avocat (Ashurst), Romain Maulin, avocat (Maulin Avocats), Elvire Mazet, avocate (CMS), Julien Miron (Université Paris Dauphine), Barbara Monti, avocate (Covington & Burling), Ilona Petit (Université Paris Dauphine), Cynthia Picart, avocate (cabinet Picart), Michel Ponsard, avocat (UGGC), Charlotte Roegis (Université Paris Dauphine), Emmanuelle Voisset, avocate (Nomos).

⁴ La protection de la concurrence, qui figurait autrefois parmi les objectifs de l'Union à l'article 3, paragraphe 1^{er}, point g), du traité instituant la Communauté européenne, aux côtés de la protection de l'environnement, a depuis été reléguée au protocole 27 annexé au TFUE.

⁵ La protection de l'environnement est explicitement visée aux articles 3, paragraphes 3 et 5, du traité sur l'Union européenne, à l'article 11 du TFUE, et à l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle peut également être rattachée à l'objectif de protection de la santé humaine énoncé à l'article 9 du TFUE.

le "TFUE"). Surtout, la protection de l'environnement bénéficie du principe d'intégration défini à l'article 11 du même traité : "*les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union*". La protection de l'environnement est par conséquent une exigence du droit primaire devant irriguer l'ensemble du droit de l'Union européenne. En application de ce principe, la Commission a ainsi pu affirmer dès 1993 que la politique de concurrence devait tenir compte de la dimension environnementale⁶.

L'AFEC a pu constater qu'il existait une attente de la part des opérateurs économiques pour plus de clarté sur la façon dont la protection de l'environnement peut être prise en compte dans le bilan concurrentiel de leurs comportements ou de leurs opérations de concentration. Des attentes similaires existent en matière d'aides d'Etat.

Il fait observer que le droit de la concurrence peut se concevoir comme un outil de compétitivité des entreprises européennes, pour être à la hauteur de l'enjeu que représente le changement climatique et tendre vers une plus grande autonomie technologique. Dans ce cadre, la politique de concurrence doit permettre de promouvoir le développement de projets, coopérations et technologies favorables à l'atteinte des objectifs du pacte vert.

A ce titre, il importe non seulement que le droit de la concurrence ne soit pas un frein aux initiatives privées et publiques favorisant la protection de l'environnement, mais qu'il soit au contraire, lorsque les conditions sont réunies, un outil de promotion d'initiatives de ce type⁷. Ainsi, à côté d'autres leviers tels que la réglementation et la fiscalité, le droit de la concurrence devrait pouvoir faire partie des outils permettant de mieux répondre aux enjeux climatiques.

L'AFEC estime en outre qu'il est pertinent de mener une réflexion au niveau européen à l'heure où certaines autorités nationales de concurrence ont déjà entamé des travaux sur ce thème.

Il est proposé de répondre aux questions posées par la Commission en abordant successivement les trois grands thèmes de réflexion suivants : les règles applicables aux pratiques anticoncurrentielles (I), le contrôle des concentrations (II) et les aides d'Etat (III).

⁶ XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence, 1993, paragraphe 162.

⁷ La Commission doit bien entendu rester vigilante face à des entreprises essayant de mettre en avant de prétendus bénéfices environnementaux au soutien de leur comportements (éco-blanchissage, ou *greenwashing*).

Partie 1 – Règles applicables aux pratiques anticoncurrentielles

1. Observations liminaires

Le pacte vert est une formidable opportunité pour l'économie européenne d'affermir sa recherche et, à terme, son autonomie technologique et politique. Pour ce faire, les coopérations entre entreprises doivent être encouragées dans le cadre permis par le droit de la concurrence.

A cet égard, deux remarques méritent d'être faites.

D'une part, la prise en compte des préoccupations d'ordre environnemental en droit des pratiques anticoncurrentielles ne passe pas uniquement par la sanction des ententes ayant pour objet ou pour effet contrarier les objectifs de protection de l'environnement⁸. Le droit de la concurrence doit aider à promouvoir les coopérations vertueuses sur le plan environnemental. Ceci passe par une meilleure lisibilité des considérations menant à un bilan concurrentiel positif de ces coopérations.

D'autre part, il est possible de se demander si la question des comportements unilatéraux n'aurait pas mérité d'être abordée dans le cadre de cet appel à contributions.

La sanction des abus de position dominante peut en effet être un outil utile afin de lutter contre le comportement d'entreprises dominantes qui nuisent tout autant à l'environnement qu'à la concurrence. En France, l'Autorité de la concurrence a ainsi obtenu de Nespresso qu'elle déverrouille le marché des capsules compatibles avec ses machines, ouvrant la voie au développement par la concurrence de capsules plus respectueuses de l'environnement⁹. De manière plus audacieuse, il est possible d'imaginer que certaines pratiques de prix des entreprises dominantes soient évaluées non pas en se limitant aux coûts effectivement supportés par l'entreprise, mais en intégrant également ceux supportés par la collectivité toute entière (à savoir les externalités négatives de sa production).

A l'inverse, il a été avancé que les entreprises dominantes pourraient justifier certains comportements par des considérations environnementales. Simon Holmes a ainsi pu mettre en avant l'exemple d'une entreprise en position dominante qui justifierait des pratiques de prix discriminatoires ou un refus de vente par l'usage, dommageable pour l'environnement, qui serait fait de son intrant. A également été pris pour exemple le cas d'une entreprise dominante qui pratiquerait des prix inférieurs à ses coûts

⁸ Les exemples de sanctions d'accords de ce type sont nombreux. Un cas typique est celui du cartel des fabricants de revêtements de sol, sanctionnés par l'Autorité de la concurrence à hauteur de 300 millions d'euros pour s'être notamment engagés à limiter leur communication sur les caractéristiques environnementales de leurs produits et, par voie de conséquence, avoir empêché la clientèle de favoriser des produits plus vertueux et très certainement limité l'incitation à l'innovation environnementale (décision [17-D-20](#) du 18 octobre 2020). L'on citera également le cas des fabricants de véhicules allemands, qui ont fait l'objet d'une communication de griefs pour s'être prétendument entendus en vue de retarder l'introduction de technologies permettant la réduction des émissions polluantes ([AT.40178](#)).

⁹ Autorité de la concurrence, décision 14-D-09 du 4 septembre 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso.

afin de pouvoir plus aisément, sans s'exposer à un grief de prédation, introduire des produits plus vertueux sur le plan environnemental¹⁰.

La pertinence de ces justifications mériterait d'être précisée par la Commission, peut-être dans le cadre d'une mise à jour de ses orientations sur l'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'éviction abusives¹¹ ou au sein de lignes directrices générales à venir sur les relations entre droit de la concurrence et protection de l'environnement¹².

2. Réponses aux questions de la Commission

2.1. Question n° 1 : Exemples de coopération soutenant les objectifs du pacte vert

La Commission a invité les contributeurs à répondre à la question suivante :

1. Veuillez fournir des exemples concrets ou théoriques de coopération souhaitable entre entreprises visant à soutenir les objectifs du Green Deal et qui n'ont pas pu être mis en œuvre en raison des risques liés aux règles antitrust de l'UE. Veuillez notamment expliquer les circonstances dans lesquelles la coopération plutôt que la concurrence entre entreprises débouche sur des résultats plus verts (par exemple, des produits ou des procédés de production plus écologiques).

Faire évoluer les pratiques industrielles pour mieux protéger l'environnement passe très souvent par une collaboration technique entre des entreprises parfois concurrentes. Ainsi, l'objectif de neutralité carbone ou de réduction d'un composant nocif pour l'environnement dans un processus industriel ne peut pas être atteint sans passer par des accords de coopération de branche ou multilatéraux.

Or, une récente étude réalisée auprès de 200 responsables ESG (environnement, social et gouvernance) de grands groupes a révélé que 57% d'entre eux ne s'étaient pas engagés dans des coopérations pro-environnementales car le risque au regard du droit de la concurrence était, selon eux, trop élevé¹³. Cette proportion est d'autant plus considérable que les grandes entreprises sont celles qui disposent des leviers les plus efficaces pour œuvrer, à grande échelle, à une meilleure protection de l'environnement. Il importe donc d'assurer une meilleure visibilité sur ce que les

¹⁰ Simon Holmes, *Climate change, sustainability and competition law*, 2020, page 38. Disponible en ligne à l'adresse suivante : https://events.concurrences.com/IMG/pdf/simon_holmes_article.pdf

¹¹ Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 février 2009.

¹² Ceci étant dit, l'AFEC n'ignore pas les difficultés qu'il peut y avoir à concilier cette démarche avec la jurisprudence européenne qui laisse peu de place aux arguments de nature non-économique en matière d'abus (v. par ex. TPICE, 12 décembre 1991, aff. T-30/89, Hilti AG c/ Commission, paragraphes 118 et 119 : "il n'appartient manifestement pas à une entreprise en position dominante de prendre, de sa propre initiative, des mesures destinées à éliminer des produits qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux, ou à tout le moins d'une qualité inférieure à ses propres produits").

¹³ Selon un sondage réalisé en 2020 par le cabinet Linklaters ([lien](#)).

entreprises, particulièrement lorsqu'elles sont concurrentes, peuvent faire collectivement pour mieux protéger l'environnement.

De façon générale, les entreprises hésiteront à mettre en œuvre les coopérations dont l'auto-évaluation au regard de l'article 101 du TFUE est complexe et les expose à un certain degré d'insécurité juridique. Au surplus, une telle auto-évaluation est particulièrement difficile à mener pour les petites et moyennes entreprises, voire certaines entreprises de taille intermédiaire qui n'ont que des moyens limités pour y procéder.

Si la défense de l'environnement constitue une forme de "progrès économique" visé au paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE¹⁴, il n'est pas toujours aisé pour les entreprises de mener une évaluation poussée de leurs accords au regard de ce critère et des autres critères d'exemption, particulièrement en cas d'atteinte avérée à la concurrence et/ou d'un effet sur les prix.

Les coopérations dans le domaine environnemental devraient faire l'objet d'un a priori favorable, lequel devrait se traduire par une plus grande facilité, pour les entreprises, à en démontrer le bien-fondé. En particulier, la Commission devrait intégrer plus largement le critère de durabilité dans sa grille d'analyse, ceci dans une temporalité suffisamment longue et s'écarter du critère de l'effet sur les prix analysé sur le court terme. Plus généralement, la Commission devrait élargir son analyse du bien-être du consommateur en y intégrant d'autres aspects que ceux liés au prix (recherche de meilleure qualité des produits ou du cadre de vie).

Si les exemples de coopérations de ce type sont nombreux, certains exemples seront détaillés ci-dessous.

1/ Echanges d'informations

Il est constant que des échanges d'informations entre concurrents peuvent dégénérer en pratiques concertées quand bien même ils poursuivraient un objectif légitime de protection de l'environnement. Des exemples de ce type existent dans la pratique décisionnelle. L'on citera par exemple l'affaire des poudres à lessiver dans laquelle une initiative de réduction du volume de ces poudres, chapeauté par une association professionnelle, a finalement donné lieu à des coordinations anticoncurrentielles, notamment sur les prix¹⁵.

L'Autorité belge de la concurrence a exprimé des craintes similaires dans de récentes lignes directrices, soulignant que des échanges d'informations sur des programmes de R&D et les résultats de ceux-ci (par exemple pour respecter les normes environnementales) sont susceptibles de présenter un risque pour la concurrence¹⁶. Les autorités nordiques de concurrence ont également souligné que les échanges d'informations liés à la protection de l'environnement étaient susceptibles de porter sur des

¹⁴ Comm. UE, décision du 21 décembre 1994, Philips c/ Osram, JOUE n°L 378 du 31 décembre 1994.

¹⁵ Comm. UE, décision du 13 avril 2011, COMP/39579.

¹⁶ Guide Echange d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises, Autorité belge de la concurrence, 1er octobre 2019, page 6.

coûts et d'autres informations sensibles de nature à faciliter la collusion entre les entreprises impliquées¹⁷.

Il existe toutefois des échanges vertueux à la fois sur le plan environnemental et sur le plan de la concurrence. Dans son projet de lignes directrices relatives au droit de la concurrence et à la protection de l'environnement¹⁸, l'Autorité de concurrence néerlandaise en fournit un exemple concret : des entreprises de collecte de déchets échangent des informations permettant d'optimiser le parcours emprunté par les camions, réduisant de 20% leur kilométrage et entraînant une baisse des coûts, de l'émission de polluants, de l'usure des véhicules, et de la congestion routière. Dans ce cas de figure, la coopération s'avère, d'un strict point de vue environnemental, sensiblement plus efficace que la libre concurrence.

Partant, les échanges d'informations, lorsqu'ils s'inscrivent dans un projet environnemental, devraient donner lieu à une analyse centrée sur les effets.

Au-delà du contenu des informations échangées, il devrait être possible pour la Commission de guider les entreprises quant aux mécanismes permettant de limiter la diffusion d'informations commercialement sensibles entre concurrents dans le contexte d'une coopération environnementale. Par exemple, dans le cas *EACEM*, un intermédiaire avait été désigné afin de collecter les informations relatives aux ventes et à la puissance des appareils objets de l'accord, ces informations étant commercialement sensibles, afin que celui-ci vérifie que l'engagement des parties était respecté. En cas de non-respect, seule l'identité de la partie défaillante devait être révélée¹⁹.

2/ Accords de réduction de gaz polluants (oxyde de carbone ou oxyde d'azote) et le marché des permis d'émission (CO2 or NOx Trading).

La question du marché de l'émission de carbone et ses conséquences sur la concurrence a fait l'objet d'une étude détaillée de l'OCDE en 2011 et, à notre connaissance, d'un groupe de travail entre la Direction Générale de la concurrence et la Direction Générale de l'industrie de la Commission. Toutefois, ni lignes directrices ni recommandations n'ont encore été adoptées pour améliorer la sécurité juridique des entreprises dans ce domaine.

Pour mémoire, le mécanisme de fonctionnement de ce marché suit différentes étapes :

¹⁷ Rapport conjoint des autorités nordiques de concurrence, *Competition Policy and Green Growth – Interactions and challenges*, octobre 2010, page 51.

¹⁸ (Draft) Guidelines – Sustainability agreements – Opportunities within competition law. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>

¹⁹ XXVIIIème Rapport sur la politique de concurrence, 1998, page 152, *EACEM* (lettre de confort).

- Attribution de quotas par le biais des plans nationaux d'allocation de quotas. Le plan d'attribution de quotas est décliné par Etats membres, par secteurs industriels puis par unités de production. Le plan en cours (N°3) se termine en 2020.
- Délivrance d'autorisations pour les émissions de gaz à effet de serre de chaque installation particulière.
- Suivi des émissions par le registre des transactions de quotas.
- Contrôle de la mise en œuvre et sanctions.

Il a été reproché à ce système d'achat et vente de quota, poursuivant des objectifs environnementaux, de générer des effets potentiellement anticoncurrentiels :

- Les gros émetteurs reçoivent des quotas importants et pourraient user de leur pouvoir de marché en revendant trop peu de permis sur le marché des permis.
- Des ententes peuvent se former pour mener des actions concertées en vue de manipuler les prix des permis.
- Le système d'échange peut être exploité abusivement pour influencer sur les prix des produits finaux associés.

Bien qu'en période de récession le prix de la tonne de CO₂ soit en chute libre et donc le marché moins tendu, il serait utile de disposer, dans un avenir proche, de directives claires sur la marge de manœuvre des acteurs.

Ainsi, la norme ISO/TR 14069 guide les utilisateurs dans l'application de l'ISO 14064-1, en fournissant des lignes directrices et des exemples d'amélioration de la transparence dans la quantification des émissions et leur déclaration. Comment concilier cette transparence et les risques de coordination sur le marché ?

La transparence du marché des quotas de CO₂ a été analysée depuis longtemps²⁰ : il est évident que la finesse des informations divulguées dans le registre et les échanges de quotas donne des indications sur le niveau de production des concurrents et sur une grande partie de leurs coûts de production. Cette transparence du marché facilite certes la coordination, mais ces effets restrictifs sont nécessaires et compensés par l'objectif environnemental.

Une autre question que pourraient trancher les lignes directrices à venir serait de savoir s'il est possible de répercuter ou non le prix des permis dans le prix des produits finaux. Certaines autorités de concurrence estiment qu'une telle répercussion est illégale si les permis sont attribués gratuitement, tandis que la majorité des économistes affirment que le prix des permis devrait se répercuter sur le

²⁰ V. notamment Dietrich Brockhagen, Distorsions de concurrence dans un système international de permis négociables : théorie et analyse empirique de l'industrie lourde dans l'Union européenne, 2004, disponible à l'adresse suivante : http://www2.centre-cired.fr/IMG/pdf/These_Brockhagen.pdf

prix du produit final puisque, gratuit ou non, dans les deux cas, le système d'échange de droits d'émission doit inciter le consommateur final à réduire sa consommation²¹.

3/ Filières de collecte et d'élimination des déchets.

L'Autorité de la concurrence française a traité en 2012 de la question des éco-organismes – comme Eco-Emballages, Eco Folio (papier), Aliapur (pneumatiques), ou Cyclamed (médicaments) – qui ne sont pas présents sur le marché en tant que prestataires, mais en tant que financeurs, prescripteurs, contrôleurs et donneurs d'ordre. Leur pouvoir d'influence est considérable en raison de leur puissance d'achat, de leur situation souvent monopolistique au sein d'une filière et des moyens qui leur sont reconnus par la loi. L'action structurante des éco-organismes a abouti à une forte concentration de la demande de traitement des déchets. En outre, de nombreuses filières ne connaissent qu'un seul éco-organisme, qui jouit ainsi d'une situation de monopole de fait, renforçant encore la concentration de la demande²².

Reste le problème des acteurs d'un secteur qui s'organisent pour gérer leurs déchets en dehors de l'intervention d'un éco-organisme. Une coordination est nécessaire, ne serait-ce que pour respecter un principe du droit de l'environnement selon lequel les déchets doivent être éliminés au plus près de la source de production. Ce principe appelle la mise en place d'un contrôle centralisé et d'un système de répartition au sein d'une même filière professionnelle. Or, l'organisation de la filière soulève certaines questions qui peuvent présenter un enjeu concurrentiel, notamment lorsqu'il s'agit de s'accorder sur la répercussion des surcoûts qu'une telle organisation engendre pour les différents opérateurs. Ainsi, dans un avis de 1999, l'Autorité de la concurrence relevait : « *l'accomplissement d'une mission d'intérêt général telle que la protection de l'environnement ne dispense pas les opérateurs économiques de respecter le droit de la concurrence. En particulier, il est exclu de considérer que les surcoûts éventuels résultant des nécessités de la préservation de l'environnement n'entrent pas dans les coûts de production* »²³.

Pour autant, selon la Cour de Justice de l'Union européenne ("CJUE") : « *l'octroi d'un droit exclusif sur une partie du territoire national pour des objectifs environnementaux, tels que la création de la capacité nécessaire pour le recyclage de déchets de chantier, ne constitue pas en soi un abus de position dominante. La gestion de certains déchets peut faire l'objet d'un service d'intérêt économique général, en particulier lorsque ce service a pour but de faire face à un problème environnemental* »²⁴. L'Autorité de concurrence néerlandaise a également produit un document sur ce sujet en 2013 pour mettre en évidence les marges de coopération possibles pour les acteurs économiques dans leurs initiatives pour

²¹ OECD Roundtable, Emission permits and competition, 2011.

²² Autorité de la concurrence, avis n°12-A-17 du 13 juillet 2012 concernant le secteur de la gestion des déchets couvert par le principe de la responsabilité élargie du producteur.

²³ Autorité de la concurrence, avis n°99-A-22 du 14 décembre 1999 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés.

²⁴ CJUE, 23 mai 2000, aff. C-209/98.

le développement durable dans le cadre des règles de concurrence et dont pourrait s'inspirer la Commission.

4/ Elaboration de standards entre professionnels.

L'élaboration de standards et de normes environnementales est essentielle afin de maintenir sur les marchés des produits plus respectueux de l'environnement et qu'une concurrence déloyale ne s'opère de la part d'acteurs moins-disant.

La section des lignes directrices sur la coopération horizontale consacrée aux accords de normalisation rappelle les critères de la sphère de sécurité dont peuvent bénéficier les accords de normalisation :

- La procédure d'adoption de la norme doit être ouverte à tous les concurrents opérant sur le marché.
- Cette procédure doit être transparente et permettre aux parties prenantes de consulter les travaux à venir, en cours ou achevés.
- Le respect de la norme ne doit pas être obligatoire.
- La politique en matière de propriété intellectuelle doit être claire et équilibrée. Notamment, il doit exister un accès effectif à la norme dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ("FRAND" pour "Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory").
- Enfin, les titulaires de droit de propriété intellectuelle qui veulent que de tels droits soient inclus dans la norme doivent s'engager irrévocablement et par écrit à divulguer de bonne foi les droits essentiels à la mise en œuvre de la norme et ce, pour éviter les abus d'exclusion, comme des pratiques d'embuscade par voie de brevet ou "*patent ambush*").

Ces mêmes lignes directrices prévoient par ailleurs que le non-respect des principes énoncés n'entraînera pas de présomption de restriction de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1^{er}, du TFUE, mais nécessitera une auto-évaluation dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, de ce même traité.

Toutefois, ce point mériterait d'être illustré et développé.

Par exemple, la question sensible du consensus lié à l'élaboration de la norme n'est pas suffisamment clarifiée. En effet, des manipulations stratégiques de la normalisation peuvent notamment se manifester de différentes façons comme :

- L'augmentation du coût de participation à l'élaboration de la norme qui joue sur différents paramètres comme la durée, la localisation, la langue de négociation, et dont l'effet recherché est de diminuer la capacité de certains agents à faire valoir leurs intérêts, voire de purement les exclure du processus.

- Le ralentissement provoqué du processus de la normalisation. Un tel retard permet à certaines entreprises de promouvoir leurs propres standards sur le marché, qui peuvent rendre la norme obsolète, avant même sa parution.
- L'introduction de critères plus coûteux à satisfaire pour les concurrents que pour la firme instigatrice. Ainsi, un critère constituant un coût fixe est susceptible de léser automatiquement les entreprises dont le volume de production est en deçà d'un certain seuil. La référence à des brevets détenus/contrôlés par la firme instigatrice peut aussi rendre la conformité à la norme plus coûteuse pour ses concurrents.

Or la coopération d'entreprises concurrentes à l'élaboration d'une norme ou leur participation à un processus de certification est très courante. La difficulté est de déterminer à quel moment le principe nécessaire de consensus bascule dans la restriction de concurrence abusive. Car si la recherche de l'unanimité, facteur de blocage, n'est pas souhaitable, une appréciation réelle de l'existence d'une adhésion générale est indispensable pour garantir la neutralité du projet de norme vis-à-vis des opérateurs économiques concernés qui sont souvent les concurrents.

Les lignes directrices actuelles ne sont pas assez explicites sur ce point qui a donné lieu depuis 2010 à plusieurs décisions des autorités nationales qui pourraient être reflétées dans une nouvelle version du texte européen.

A ce titre, les associations professionnelles ont certainement un rôle à jouer afin de servir de vecteur pour la diffusion de normes dans un cadre et selon des modalités respectueuses des règles de concurrence. En effet, il a souvent été dit que ces associations étaient susceptibles de jouer un rôle pivot ou facilitateur dans l'élaboration et l'organisation d'ententes²⁵. Les autorités de concurrence doivent donc intervenir pour orienter leur action comme ce fut le cas durant la crise sanitaire, l'Autorité de la concurrence ayant par exemple accepté de fournir des indications informelles à un syndicat d'opticiens quant à la meilleure façon de représenter les intérêts de ses adhérents sans contrevenir au droit de la concurrence²⁶.

5/ Achats en commun de matière premières

Un axe important d'amélioration des pratiques des entreprises sur le plan environnemental réside dans l'approvisionnement en matières premières (i) produites de manière peu qualitative et non respectueuse de l'environnement, (ii) sujettes à de fortes variations de cours et à la spéculation, et (iii) acquises à des prix ne permettant pas aux producteurs de vivre décemment.

Des industriels utilisant ces matières premières dans leurs produits finis, concurrents ou non sur le marché aval des produits les intégrant, pourraient réfléchir à un projet présentant les caractéristiques suivantes :

²⁵ Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 28 mai 2019.

²⁶ Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 22 avril 2020.

- améliorer la qualité des méthodes de production de la matière première en investissant d'importantes sommes dans des exploitations s'engageant sur des cahiers des charges,
- garantir aux producteurs des prix minima correspondant à une rémunération équitable.

Ces deux mécanismes permettent d'assurer le caractère durable du projet. Ils ne soulèvent pas de difficultés qui ne puissent être résolues par les règles classiques du droit de la concurrence, notamment celles encadrant les échanges d'informations entre concurrents.

Toutefois, il n'est pas certain qu'un tel projet voie le jour si les industriels ne peuvent, en raison du risque d'infraction au droit de la concurrence :

- se protéger de variations excessives à la hausse des cours des matières premières en complétant le mécanisme de prix minima par des prix maxima,
- sécuriser leurs approvisionnements via des accords d'achat exclusifs de longue durée (durée d'amortissement de l'investissement au minimum),
- connaître, s'ils ne sont pas les acheteurs directs des matières premières mais les achètent aux opérateurs réalisant la première transformation, les prix d'achat après des producteurs par ces opérateurs,
- se protéger de la concurrence en empêchant que la production issue du projet ne soit revendue hors du cercle des partenaires.

L'intégration verticale de ce type de projet ne devrait pas être perçue comme étant la façon la plus sûre de sécuriser ce type de projet car cela pourrait être dissuasif pour les entreprises n'ayant pas une surface financière suffisante.

Il serait ainsi utile que la Commission guide les entreprises quant aux conditions de mise en œuvre de ce type de projets, afin que les opérateurs puissent s'y engager, ou y renoncer, en toute connaissance de cause.

6/ Certains accords de R&D

Certains membres de l'AFEC souhaitent faire observer que le Règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de recherche et de développement²⁷ est trop souvent invoqué par des instituts ou des organismes de recherche partenaires affirmant que le savoir-faire secret des entreprises ou les droits de propriété intellectuelle ("DPI") (préexistants 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.

²⁷ Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, JOUE n° L 335/36 du 18 déc. 2010, p. 36.

Ils estiment que l'exigence, contenue à l'article 3, paragraphe 2, du règlement, selon laquelle l'accord de R&D doit stipuler que toutes les parties ont un accès illimité aux résultats finaux des travaux conjoints ou rémunérés de recherche et de développement, peut dissuader certaines entreprises de s'engager dans ce type de coopération pourtant souvent bénéfique pour l'environnement. En effet, il est fait observer que cette exigence n'est plus adaptée au contexte actuel de forte concurrence entre les différentes zones géographiques mondiales. Le risque est que le résultat des travaux communs profite à la concurrence de pays tiers. Les entreprises doivent avoir un intérêt économique pour partager avec des tiers le résultat des travaux de recherche et de développement menés en commun ; il ne peut s'agir d'une condition préalable pour obtenir le bénéfice de l'exemption.

2.2. Question n° 2 : Coopérations ne restreignant pas la concurrence

La Commission a appelé les contributeurs à répondre à la question suivante :

2. Faut-il apporter davantage de précisions et d'assurance sur les caractéristiques des accords qui servent les objectifs du Green Deal sans restreindre la concurrence ? Dans l'affirmative, sous quelle forme ces précisions devraient-elles être apportées (lignes directrices, évaluation au cas par cas, communication sur les priorités en matière d'application de la législation...)?

Selon l'AFEC, il devrait être possible de conclure à l'absence de restriction de concurrence lorsque les accords ayant pour but de servir les objectifs du pacte vert présentent les caractéristiques suivantes :

- Les objectifs fixés ne sont pas contraignants et il est laissé toute liberté aux entreprises pour fixer leurs propres contributions et la manière d'y parvenir. Sous l'empire du régime de notification préalable des ententes, la Commission a pu, au regard de leur bilan concurrentiel, valider ce type d'accords dans le secteur automobile²⁸ ou des moteurs électriques²⁹.
- Les accords ont pour objectif de fixer des codes de conduite, des normes communes ou des labels de certification non contraignants (portant par exemple sur les méthodes de fabrication ou les matières premières) dès lors que leur élaboration est transparente, ouverte à toutes les parties intéressées et ne conduit pas les parties à s'échanger des informations commercialement sensibles³⁰.

²⁸ Communiqués de presse de la Commission IP 98/865 du 16 octobre 1998 (COMP/37.231 ACEA) et IP 99/922 du 1er décembre 1999 (COMP/37.634 JAMA et COMP/37.612 KAMA) : des associations de fabricants automobiles ont pu s'entendre pour réduire collectivement les émissions des véhicules produits par leurs membres, sans objectif individuel et en laissant les membres libres quant à la méthode pour y parvenir.

²⁹ Communiqué de presse de la Commission IP/00/508 du 23 mai 2000 (CEMEP) : des fabricants de moteurs électriques à faible voltage ont pu s'engager à réduire de 50 % les ventes des appareils les moins efficaces énergétiquement, ceux-ci ne s'engageant pas sur des objectifs individuels et demeurant libre quant à la méthode pour parvenir à l'objectif commun.

³⁰ Les autorités nordiques de concurrence, tout en soulignant le rôle pro-concurrentiel de la certification (meilleure information du consommateur, critère de différenciation, incitation à l'innovation et à une augmentation de la qualité), ont souligné que ces accords devaient être étroitement surveillés afin d'éviter que

- Les accords pour lesquels il est démontré que chaque partie n'est pas en mesure, seule, d'atteindre le but poursuivi par l'accord (sous réserve des éventuelles restrictions de concurrence contenues dans de tels accords devront faire l'objet d'un examen à la lumière des critères d'exemption).
- Les accords qui n'affectent pas les paramètres essentiels de la concurrence à laquelle se livrent les entreprises. Ainsi en est-il, par exemple, des accords portant sur des caractéristiques non essentielles des produits mais dont l'impact environnemental est important. L'autorité de concurrence néerlandaise, dans son projet de lignes directrices précité³¹, donne ainsi l'exemple d'un accord permettant de limiter les déchets générés par les emballages (réduction du poids, usage de matériaux recyclés...), qui génère des coûts modestes et laisse perdurer la concurrence sur d'autres paramètres. De même, la Commission a pu autoriser un accord par lequel des fabricants de moteurs électriques à faible voltage s'engageaient à réduire de 50 % la vente des appareils les moins efficaces énergétiquement, alors que la consommation des appareils n'est pas un critère important dans la décision d'achat des clients³².
- Les accords permettant la création de filières de recyclage en application des principes pollueur-payeur et/ou de responsabilité élargie du producteur. Ainsi, dans l'affaire DSD³³, la Commission a pu considérer que l'établissement d'un marché nouveau et opérationnel dans le secteur de la valorisation des emballages en plastique et en matériaux composites triés constituait une circonstance exceptionnelle permettant de considérer qu'un accord empêchant les entreprises de collecte de commercialiser les déchets ramassés ne constituait pas une restriction de concurrence.
- Les accords permettant de s'assurer que les entreprises concernées, leurs fournisseurs et/ou leurs distributeurs respectent les lois des pays dans lesquels ils exercent leurs activités. Il s'agit par exemple de s'assurer que les sous-traitants ou fournisseurs, localisés notamment dans des pays en voie de développement, respectent un corpus de normes minimal (par exemple la réglementation quant à la déforestation ou à l'intensité d'usage des ressources halieutiques). Cette initiative ne doit toutefois pas aller au-delà des restrictions strictement nécessaires, par exemple en déterminant un niveau de surpris à imposer au consommateur afin de financer l'initiative ou en révélant aux concurrents les sources d'approvisionnement (une unité

la certification ne devienne un moyen de favoriser ses propres produits par le biais de critères orientés, en définissant étroitement les marchés, en manipulant les systèmes de surveillance et en dressant des barrières à l'entrée (Rapport conjoint des autorités nordiques de concurrence, Competition Policy and Green Growth – Interactions and challenges, octobre 2010, pages 59-65).

³¹ Cf. note de bas de page n° 18.

³² Communiqué de presse de la Commission IP/00/508, 23 May 2000, *CEMEP*.

³³ Comm. CE, 17 septembre 2001, C(2001) 2672.

centralisée et indépendante devrait plutôt recueillir ces informations afin de s'assurer du respect de l'initiative).

- Il serait envisageable d'étendre aux accords protégeant l'environnement la jurisprudence *Albany*, qui avait reconnu que si certains effets restrictifs de concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, les objectifs de politique sociale poursuivis par ces accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 101, paragraphe 1^{er}, du TFUE³⁴. Cette voie pourrait être particulièrement pertinente et d'autant mieux fondée que la protection de l'environnement est au cœur des traités européens.
- Enfin, il est possible d'envisager que la Commission souhaite elle-même promouvoir certaines coopérations destinées à améliorer la protection de l'environnement et à atteindre les objectifs du pacte vert. Dès lors que l'exécutif européen s'associe à de tels projets, comme il a par exemple pu le faire dans le cadre du projet Medicines for Europe³⁵, il devrait être présumé qu'ils ne sont, a priori, pas susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1^{er}, du TFUE.

Quant aux instruments à mettre en place pour offrir plus de visibilité aux entreprises concernant les coopérations susceptibles d'être mises en place sans violer le droit de la concurrence, ils pourraient être de plusieurs ordres.

En premier lieu, la Commission pourrait intégrer aux lignes directrices existantes, telles que celles sur les accords de coopération horizontale³⁶, sur les accords de transfert de technologie et ou sur les accords verticaux, des développements spécifiques aux accords comportant une dimension environnementale.

Toutefois, la publication d'une communication spécifique à la question environnementale serait à notre sens plus ambitieuse et aurait le mérite d'apporter plus de lisibilité aux acteurs. Cette communication transversale pourrait porter sur les accords de coopération environnementale horizontaux et verticaux, ainsi que sur les comportements unilatéraux des entreprises.

En deuxième lieu, il convient de tenir compte de la grande diversité des coopérations susceptibles d'être mises en place par les entreprises dans le domaine environnemental et de la difficulté de les réduire à des catégories prédéfinies dans des lignes directrices. Sans qu'il soit question de réintroduire un système de notification préalable, les entreprises devraient pouvoir recueillir plus facilement l'opinion informelle de la Commission en cas d'incertitude quant à la licéité de leurs accords environnementaux, à l'instar de ce qu'a pu proposer l'autorité de concurrence néerlandaise ou des

³⁴ CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/99, *Albany*, paragraphe 59.

³⁵ Lettre de confort du 8 avril 2020.

³⁶ Notons que c'était le cas des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale dans leur version antérieure à celle de 2011.

lettres de confort élaborées durant la crise du Covid-19. La politique de la Commission sur cette possibilité pourrait être précisée dans la communication transversale évoquée plus haut.

En troisième lieu, l'AFEC encourage la Commission à utiliser, dans des cas intéressant la protection de l'environnement, la possibilité offerte par l'article 10 du règlement 1/2003 et consistant à déclarer, par voie de décision, l'article 101 inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprise ou une pratique concertée.

En quatrième lieu, il pourrait être envisagé d'instaurer par voie de règlement une exemption par catégorie des accords conclus entre les entreprises en matière environnementale.

2.3. Question n° 3 : Coopérations restreignant la concurrence

La Commission a invité les contributeurs à répondre à la question suivante :

3. Existe-t-il des circonstances dans lesquelles la poursuite des objectifs du pacte vert justifierait des accords restrictifs allant au-delà de la pratique actuelle en matière d'application de la législation ? Dans l'affirmative, veuillez expliquer comment la pratique actuelle en matière d'application de la législation pourrait être modifiée pour tenir compte de ces accords (en d'autres termes, quels objectifs du pacte vert justifieraient un traitement spécifique des accords restrictifs ? Comment distinguer la poursuite des objectifs du pacte vert d'autres objectifs stratégiques importants tels que la création d'emplois ou d'autres objectifs sociaux ?).

L'AFEC invite la Commission à prendre plus largement en compte, au stade de l'exemption, les bénéfices environnementaux des accords ou des pratiques concertées restrictives de concurrence. En effet, si ces bénéfices ont pu être pris en compte par le passé (rappelons à ce titre qu'une section relative à la coopération environnementale existait dans la précédente version des lignes directrices sur la coopération horizontale), la pratique récente de la Commission ne semble pas particulièrement favorable aux accords de coopération environnementale³⁷.

Pourtant, l'AFEC estime qu'il devrait être possible d'invoquer plus largement le bénéfice de l'exemption pour certaines formes de coopération, particulièrement au titre du progrès technique ou économique, dès lors qu'il est démontré qu'elles sont vertueuses sur le plan environnemental et que les autres critères d'exemption listés au paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE sont réunis.

En premier lieu, il existe des précédents permettant de relier un objectif de protection de l'environnement à l'existence d'un progrès technique ou économique :

- S'agissant d'un accord par lequel les parties s'engageaient à ne plus produire ou importer de lave-linge affichant les labels énergétiques D à G, permettant de réduire de 15 à 20% la consommation énergétique, il a été considéré que *"les lave-linge qui consomment moins d'électricité, toutes choses restant égales par ailleurs, sont objectivement plus efficaces d'un*

³⁷ Ce constat est partagé par de nombreux auteurs tels que Patrick Thieffry (*Traité de droit européen de l'environnement*, Bruylant, troisième édition, page 984) ou Richard Wish et David Bailey (*Competition law*, Oxford University Press, huitième édition, 2015, page 168).

point de vue technique. Une consommation d'énergie plus faible réduit indirectement la pollution engendrée par la production d'électricité. Le fonctionnement futur du parc total de machines installées qui fourniront le même service avec moins de pollution indirecte est plus efficace du point de vue économique que si l'accord n'existait pas". Partant, après avoir évalué les émissions de polluants pouvant être ainsi évitées, la Commission considère que *"l'accord est de nature à offrir des avantages aussi bien individuels que collectifs aux usagers et aux consommateurs"*³⁸.

- S'agissant d'un accord par lequel des fabricants de téléviseurs et enregistreurs vidéo s'engageaient à réduire la consommation de leurs appareils en mode veille, la Commission a également rattaché les gains énergétiques et environnementaux à un progrès technique et économique³⁹.
- S'agissant de la création d'une usine commune à deux concurrents, la Commission a considéré que ce projet était susceptible d'améliorer la production et la distribution en réduisant la consommation d'énergie et en augmentant les chances de réaliser des programmes d'économies d'énergie et de réduction des émissions résiduelles⁴⁰.

D'autres autorités de concurrence, en dehors de l'Union, ont également pu prendre en compte des avantages environnementaux dans l'appréciation d'une coopération. Le Département de la justice américain (Department of Justice, DoJ) a ainsi récemment abandonné une enquête menée à l'encontre de fabricants de voiture qui s'étaient entendus avec l'Etat de Californie afin d'arrêter la production des modèles les plus polluants. Un tel accord, bien que soulevant des préoccupations quant à la réduction du choix au profit des consommateurs ou à l'augmentation des prix, a en effet été jugé favorable à la préservation de l'environnement⁴¹.

Dans le même ordre d'idées, les accords facilitant le recyclage d'emballages devaient être autorisés afin de rendre la collecte des emballages usagés plus durable. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence devraient encourager les systèmes collectifs de collecte et de recyclage dans toute l'Union européenne, afin de réduire le coût de la collecte et du traitement des emballages usagés et de faciliter l'innovation dans la gestion et le traitement des déchets.

En deuxième lieu, s'agissant de la nécessité de réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui résulte de l'accord, il devrait être possible de considérer que l'utilisateur profite du moindre impact de sa consommation sur l'environnement, et ce indépendamment de l'effet de la coopération sur les prix. Dans l'affaire des lave-linge précitée, la Commission a ainsi considéré que *"ces résultats environnementaux pour la société réserveraient aux consommateurs une part suffisamment équitable*

³⁸ Comm. CE, 24 janvier 1999, n° 2000/475, *CECED* (IV.F.A/36.718).

³⁹ 28^{ème} rapport sur la politique de concurrence, 1998, page 152, lettre de confort, *EACEM*.

⁴⁰ Comm. CE, 21 déc. 1994, *Philips / Osram*, n° 94/986, paragraphe 25.

⁴¹ <https://www.nytimes.com/2020/02/07/climate/trump-california-automakers-antitrust.html>

*des avantages, quand bien même les acheteurs de lave-linge n'obtiendraient pas des bénéfices individuels*⁴².

L'AFEC n'est pas convaincue par une approche qui nécessiterait de précisément quantifier, sur un plan économique, le bénéfice environnemental d'un accord pour pouvoir mettre en balance ce bénéfice avec ses effets sur la concurrence (par exemple en quantifiant les bénéfices pour l'assurance sociale d'une baisse de l'émission de polluants)⁴³. Il est primordial, pour une protection optimale de l'environnement, que l'analyse de l'accord intègre des considérations de nature qualitative autant que quantitative. Par exemple, le bien-être animal doit pouvoir être pris en compte indépendamment du fait que les mesures prises pour assurer ce bien-être conduise à des augmentations de prix auxquelles le consommateur n'aurait pas consenti sans restriction de concurrence.

En troisième lieu, s'agissant de l'indispensabilité des restrictions, cette condition doit permettre de contrôler la réalité des motifs environnementaux et de s'assurer que des solutions moins dommageables pour la concurrence ne sont pas envisageables. La Commission pourrait, par le biais de lignes directrices à venir, préciser quels types de défaillances de marché sont susceptibles d'exiger la mise en œuvre d'accords de coopération potentiellement anticoncurrentiels :

- Les entreprises peuvent ne pas avoir d'incitation à agir individuellement pour améliorer les conséquences environnementales de leur activité. Ce fût par exemple le cas dans l'affaire *EACEM*, où les fabricants de téléviseurs n'étaient pas incités à agir individuellement pour réduire la consommation de leurs appareils car les consommateurs n'étaient pas prêts à payer plus afin de réduire leur consommation électrique sur le long terme⁴⁴.
- Une initiative peut n'être efficace que si elle est mise en œuvre par l'ensemble des acteurs d'un secteur, comme c'est par exemple le cas s'agissant d'un moratoire sur la pêche. Ainsi, une enseigne de la grande distribution alimentaire a récemment dû mettre fin à une initiative consistant à ne proposer à ses clients que des bananes issues du commerce équitable, ces derniers s'étant tournés vers la concurrence pour trouver des proles concurrents de l'entreprise, jugeant ces nouveaux produits trop chers⁴⁵. Une initiative commune aurait pu permettre de passer outre les réticences des consommateurs.
- Des initiatives peuvent n'être réalisées que si un certain niveau de demande est atteint. Il en va ainsi, par exemple, pour les systèmes de collecte et de recyclage des déchets. Ceux-ci

⁴² Comm. CE, 24 janvier 1999, n° 2000/475, *CECED* (IV.F.A/36.718), paragraphe 56.

⁴³ Voir également les affaires néerlandaises *Chicken for tomorrow*, disponible à l'adresse suivante (2015) : <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow> et *Energieakkoord* (disponible à l'adresse suivante (2013) : https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf).

⁴⁴ 28^e rapport sur la politique de concurrence, 1998, page 152, lettre de confort, *EACEM*.

⁴⁵ <https://www.consoglobe.com/allemande-lidl-banane-equitable-desengagement-cg>

exigent des entreprises de recyclage qu'elles s'accordent sur des exclusivités avec les collecteurs pour qu'une quantité suffisante de matière première soit fournie au recycleur et que son activité soit ainsi rendue viable⁴⁶.

- Une initiative peut viser à accélérer la mise en œuvre d'une technologie préservant l'environnement et justifier l'exemption de l'accord. Ainsi, dans l'affaire *Philips / Osram*, la Commission a estimé que si des solutions alternatives mais moins anticoncurrentielles étaient envisageables, celles-ci étaient disproportionnées en termes de temps et d'argent⁴⁷.
- Enfin, une entreprise peut être désavantagée lorsqu'elle est la première à pénétrer un marché ou à mettre en place une initiative (*first-mover disadvantage*). Ainsi, les entreprises innovantes supportent des coûts d'éducation et de sensibilisation importants afin de passer outre les réticences des consommateurs et faire reconnaître les avantages de leurs produits, quand les entreprises qui pénétreront le marché par la suite ne supporteront pas ces coûts. La coopération peut être un moyen utile de surmonter ce phénomène et de ne pas décourager les entreprises innovantes.

Outre la nécessité de clarifier les critères d'exemption individuelle par une communication (voir nos réponses à la question précédente), une meilleure prise en compte des préoccupations environnementales au stade de l'exemption pourrait prendre la forme d'un règlement d'exemption par catégorie visant les accords de coopération pro-environnementaux. L'autorité néerlandaise de la concurrence s'est engagée dans cette voie en proposant d'exempter les accords couvrant moins de 30% de parts de marché et ayant une visée pro-environnementale, ou même les accords dont les bénéfices sont évidents, sans que les entreprises intéressées n'aient à démontrer et à quantifier le bénéfice pour l'environnement.

L'excuse de la loi pourrait également retrouver une certaine pertinence pour justifier le caractère anticoncurrentiel de certains comportements motivés par des considérations environnementales. Les pouvoirs publics peuvent en effet recourir au droit pour forcer les entreprises à atteindre collectivement certains objectifs environnementaux. La Commission pourrait introduire une certaine souplesse dans l'analyse concurrentielle de ces situations⁴⁸.

Finalement, il devrait être tenu compte des résultats à long terme (minimum 5 ans) de la coopération entre entreprises.

⁴⁶ Rapport conjoint des autorités nordiques de concurrence, *Competition Policy and Green Growth – Interactions and challenges*, octobre 2010, page 50.

⁴⁷ Comm. CE, 21 déc. 1994, *Philips / Osram*, n° 94/986, paragraphe 28.

⁴⁸ V. par exemple TUE, 10 décembre 2014, aff. T-90/11, *ONP v. Commission*, paragraphes 375-382, une circulaire avait eu un impact sur le comportement des entreprises et justifié une légère réduction de l'amende.

Partie 2 – Contrôle des concentrations

La Commission a appelé les contributeurs à répondre aux questions suivantes, auxquelles l'AFEC répondra simultanément :

Voyez-vous des situations dans lesquelles une fusion entre entreprises pourrait nuire aux consommateurs en réduisant leur choix de produits et/ou de technologies respectueux de l'environnement?

Estimez-vous que l'application des règles en matière de concentrations pourrait contribuer davantage à la protection de l'environnement et aux objectifs de durabilité du pacte vert ? Dans l'affirmative, veuillez expliquer comment.

1. Un impact environnemental des concentrations mal connu

Si les effets économiques d'une concentration sont relativement anticipables sur le plan théorique, il n'en va pas de même concernant les potentiels effets environnementaux d'une telle opération.

Tout d'abord, les économistes ne semblent pas s'intéresser particulièrement à la question. Les chercheurs semblent se concentrer davantage sur l'impact des fusions au regard de variables économiques (R&D, performance des entreprises rachetées, efficacité productive, valeur des actifs) ou sur l'utilité du consommateur. Lorsque la variable environnementale est mise en perspective avec les phénomènes de concentrations, c'est très souvent pour évaluer la manière dont les performances environnementales des firmes affectent leur valeur de marché, et donc les décisions relatives aux fusions et acquisitions.

En revanche, il semble qu'il n'y ait quasiment pas d'études à ce jour évaluant l'impact direct des phénomènes de concentration sur l'environnement.

Julia Swart et Charles van Marrewijk⁴⁹ ont fait un constat similaire dans un de leur article consacré à la question. Selon eux, la hausse ou baisse globale de Co2 engendrée dans le cadre d'une fusion dépendrait surtout du nouveau contexte réglementaire auquel l'entité fusionnée fera face. Ils montrent également que la relation varie aussi sensiblement selon le secteur industriel concerné : *"Only M&A on Pollution Intensive sectors affect pollution levels"*. Ainsi, une augmentation de 1% des fusions acquisitions des pays développés vers les pays développés dans un secteur polluant impliquerait une diminution de 0,008 des émissions de Co2. Lorsque le pays acquéreur est plutôt un pays moins développé, l'impact est plus faible, soit 0,001%. Ces résultats suggèrent que les entreprises qui fusionnent ou acquièrent une entreprise d'un pays développé doivent s'adapter à leur réglementation environnementale plus stricte. Ces pourcentages se révèlent toutefois très faibles en pratique.

⁴⁹ Julia Swart, Charles van Marrewijk, *The Pollution Effects of Mergers and Acquisitions: Asymmetry, Disaggregation, and Multilateralism*, Tinbergen institute, 2011.

D'autres chercheurs ont pu montrer que des améliorations en termes de critères ESG (Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance) sont constatées lorsque l'entreprise cible a des ESG supérieurs à l'acquéreur avant la fusion, mais cela n'a rien de systématique.

En outre, l'on pourrait intuitivement s'attendre à ce que les concentrations puissent produire des bénéfices environnementaux via une augmentation des capacités de R&D. MM. Porter et Van der Linde⁵⁰ ont montré en 1995 que l'innovation pouvait conduire à une baisse de la pollution tout en augmentant simultanément le degré de compétitivité des firmes. En effet, une forte émission de gaz à effet de serre s'explique selon eux en partie par un usage inefficace des ressources, ce qui entraîne des activités supplémentaires de manutention, de stockage, une mauvaise gestion des déchets etc. Or dans la pratique, certains chercheurs tels que MM. Blonigen et Taylor (2000)⁵¹ ont identifié une relation négative entre les phénomènes de fusion acquisition et l'intensité des R&D, en particulier dans les industries high-tech, alors même que les fusions acquisitions peuvent créer des "knowledge synergies", et augmenter la productivité de ces dépenses. D'après leurs travaux, les fusions acquisitions débouchent couramment sur une réduction du nombre de chercheurs qui peut influencer les performances innovatrices des entreprises sur le long terme. Cependant, l'impact des fusions sur la R&D en général demeure ambigu. Certaines firmes intensifient leurs R&D post fusion sous l'influence de la cible, d'autres deviennent beaucoup plus averses aux risques post-fusion et diminuent ces mêmes dépenses. La baisse de concurrence diminue par ailleurs l'incitation à mener de telles recherches.

Cependant, certains types de fusions, particulièrement celles qui sont de nature verticale, peuvent rendre certains investissements spécifiques possibles en protégeant la partie intégrée d'une "hold up situation". On pourrait imaginer que certains de ces investissements soient verts.

En outre, il a été fait observer que les concentrations intervenant dans le secteur du commerce de détail, en renforçant la puissance de négociation de certains distributeurs, pouvaient affaiblir certains industriels au point de menacer leur aptitude à respecter les normes environnementales⁵².

Enfin, il n'est pas exclu que des bénéfices environnementaux puissent résulter d'une diminution de la concurrence. Ainsi, il a été mis en évidence que la concurrence sur les ressources naturelles favorisait leur surexploitation, tout particulièrement s'agissant des biens rivaux non-exclusifs⁵³, ou que les entreprises en situation de monopole ont tout intérêt à la préservation de la ressource qu'ils exploitent pour laisser perdurer cette rente⁵⁴.

⁵⁰ Porter, M.E. and van der Linde, C. (1995) "Towards a new conception of the environment-competitiveness relationship." *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 9, No. 4, 97-118.

⁵¹ Blonigen, A., Taylor, T., (2000). *R&D Intensity and Acquisitions in High-Technology Industries: Evidence from the US Electronic and Electrical*.

⁵² <https://www.theguardian.com/business/2018/may/07/sainsburys-asda-deal-could-have-negative-impact-on-environment>

⁵³ OCDE, *Réglementation environnementale et concurrence*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, volume 9/2, 2008, pages 201 et 202. C'est la théorie de la "tragédie des communs" de Garrett Hardin, selon laquelle la concurrence sur une ressource limitée aboutit systématiquement à sa disparition du fait d'une volonté de s'accaparer la ressource.

⁵⁴ Patrick Thieffry, *Traité de droit européen de l'environnement*, Bruylant, troisième édition, page 964.

2. Une prise en compte peu aisée des paramètres environnementaux en contrôle des concentrations

L'article 2, paragraphe 1^{er}, point a), du règlement (CE) n° 139/2004, exige de la Commission qu'elle tienne compte, dans son analyse de la compatibilité des opérations de concentration, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals, ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

Cette disposition pourrait permettre de prendre en considération des bénéfices environnementaux à l'occasion du contrôle d'une opération de concentration, considérant que ceux-ci bénéficient aux consommateurs et doivent, dès lors, être apparentés à des progrès techniques et/ou économiques⁵⁵.

Toutefois, plusieurs auteurs ont considéré qu'il n'était pas dans l'esprit actuel du contrôle européen des concentrations que de tenir compte des considérations environnementales au soutien d'une opération anticoncurrentielle⁵⁶. De même, Monsieur le Directeur général de la Concurrence, Olivier Guersent, a récemment précisé que les décisions en la matière ne pouvaient être prises que sur les conditions de concurrence, l'analyse ayant été déconnectée de toutes les considérations annexes à l'opération elle-même à l'occasion de la dernière révision du règlement concentration, comme, par exemple, les considérations sociales⁵⁷.

Pour que le contrôle des concentrations contribue davantage à la protection de l'environnement et aux objectifs de durabilité du pacte vert, la Commission devrait par conséquent se positionner clairement en faveur d'une meilleure prise en compte des bénéfices environnementaux dans l'analyse de la compatibilité des opérations de concentration avec le droit de l'Union.

Ceci étant, l'AFEC ne sous-estime pas la difficulté qu'il y a à mesurer l'efficacité ou l'inefficacité d'une concentration sur le plan environnemental. Cet impact ne peut en effet se limiter à l'étude de quelques variables, contrairement à l'analyse concurrentielle qui se prête facilement à une modélisation.

La Professeure Anne Perrot considère sur ce point que *"si l'évaluation habituelle des effets sur le surplus des consommateurs des pratiques anti-concurrentielles, à laquelle sont habituées les autorités*

⁵⁵ OCDE, *Environmental regulation and competition*, 2006 (<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/37981581.pdf>), intervention de Anne Perrot en page 205 : *"En effet, la mission qui leur [les autorités de concurrence] est assignée est bien de protéger les intérêts des consommateurs, ce qui passe par la maximisation de leur surplus ; comme la mesure de celui-ci devrait intégrer d'éventuels dommages environnementaux, la politique mise en œuvre par les autorités de concurrence pourrait parfaitement tenir compte, en théorie, des dommages environnementaux liés à telle ou telle structure de marché ou à des comportements des entreprises."*

⁵⁶ V. notamment que Patrick Thieffry, *Traité de droit européen de l'environnement*, Bruylant, troisième édition, page 1000 ; Laurence Idot, *Droit de la concurrence et protection de l'environnement*, *Revue Concurrence* n°3-2012, article n°38128, septembre 2012, page 5 ; José Carlos Laguna De Paz, *Protecting the environment without distorting competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, vol. 3, n° 3, page 255.

⁵⁷ *Concurrences*, entretien avec Oliver Guersent (DG COMP), La politique de concurrence européenne dans le contexte de crise, novembre 2020.

de concurrence même si elle n'est pas toujours facile, ne requiert « que » des données de prix et de quantités, celle des dommages environnementaux nécessite de nombreuses informations dont la traduction en termes de bien-être économique risque de dépasser largement les possibilités d'appréhension par une autorité de concurrence. Par exemple, évaluer les effets bénéfiques d'un accord entre entreprises qui viserait à minimiser une pollution locale requiert la mesure de ses effets sur la santé des consommateurs, celle de la disponibilité à payer de la population pour cette réduction des rejets polluants etc »⁵⁸.

Certes, des indicateurs environnementaux existent parfois au sein des entreprises (indicateurs de performance environnementale ou IPE, indicateurs de conditions environnementales (ou ICE), directives ISO 14000, émissions de Co2 ...) mais ces indicateurs ne sont pas exemptes de critiques si l'on en croit A. Renaud : *"la mesure de la performance environnementale présente de nombreux défis : les aspects environnementaux sont complexes et souvent difficiles à quantifier, les directives ISO 14000 en vue de la mesure et du rapportage environnementaux sont toujours sujettes à interprétation, la disponibilité et la qualité des données environnementales sont souvent médiocres"*⁵⁹.

Ceci étant, même dans l'optique où il serait possible de prédire approximativement les effets environnementaux d'une fusion, cela ne résoudrait pas la question de son articulation avec le bilan purement économique réalisé par la Commission. Certes, l'environnement et le bien-être du consommateur sont deux concepts qui peuvent converger par moment. C'est notamment le cas quand ce dernier intègre des considérations environnementales dans sa fonction d'utilité. Ils peuvent aussi s'opposer, surtout dans une approche micro-économique traditionnelle dans laquelle le prix reste une déterminante essentielle. Or on l'a vu, certaines concentrations pourraient être à la fois pro-concurrentielles et antiécologiques, ou écologique et anti-concurrentielles. Dès lors, la commission se retrouverait face à des paradoxes qu'il ne serait pas aisé de trancher.

3. Les pistes envisageables

Du point de vue de l'AFEC, les difficultés évoquées dans la section précédente ne devraient pas empêcher la Commission de réfléchir à une meilleure prise en compte de l'impact environnemental des concentrations. Sur ce point, deux pistes méritent d'être explorées.

La première, qui est aussi la plus immédiate, consiste à renforcer les outils à disposition de la Commission pour mieux appréhender les enjeux environnementaux des concentrations. Ceci pourrait prendre plusieurs formes :

- Le recrutement d'économistes spécialisés en analyse des politiques environnementales, ainsi que l'a du reste proposé la Commission grecque de concurrence⁶⁰.

⁵⁸ OCDE, *Environmental regulation and competition*, 2006,

<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/37981581.pdf> , cf. page 206.

⁵⁹ Tyteca, 2002, page 2

⁶⁰ <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>

- La mise à jour des documents de *soft law* sur les modalités de soumission d'études économiques pour (mieux) prendre en compte et déterminer les formats et modalités selon lesquels elles souhaitent recevoir des arguments économique-environnementaux qu'elle prendrait ensuite en compte dans le cadre du bilan concurrentiel.
- Une réflexion sur de meilleures modalités de coopération de la Commission avec des experts ou des autorités spécialisées en matière environnementale.

La seconde piste consisterait à créer des outils juridiques permettant de mettre en balance le bilan purement économique d'une concentration avec un bilan environnemental. Ici encore, plusieurs possibilités existent.

- La première consisterait, en s'inspirant des réflexions menées à la suite de l'affaire Alstom/Siemens, à s'interroger sur l'opportunité d'un pouvoir d'évocation qui permettrait au Conseil de l'Union européenne d'autoriser ou d'interdire une concentration en prenant en considération des enjeux autres que la stricte protection de la concurrence.

Un tel pouvoir d'évocation existe par exemple en Espagne. Il permet au pouvoir exécutif de passer outre une décision de l'autorité de concurrence pour des motifs de protection de l'environnement⁶¹. Ce pouvoir existe également en France⁶² ou en Allemagne⁶³, où la protection de l'intérêt général est évoquée de façon plus large, ce qui a par exemple permis au ministre de l'économie allemand, en août 2019, d'autoriser le projet d'entreprise commune *Miba/Zollern* en dépit de sa précédente interdiction par l'autorité de concurrence allemande.

Toutefois, l'AFEC ne préconise pas cette solution dans le cadre du présent appel à contributions. En effet, les règles de fonctionnement du Conseil de l'Union européenne se prêtent difficile à ce type d'exercice. A supposer qu'une majorité simple soit requise afin de passer outre une décision d'interdiction de la Commission, cette compétence pourrait donner lieu à des tractations politiques et devenir un élément de négociation pour certains Etats, plutôt que d'être un instrument véritablement dédié à la protection de l'environnement.

- La deuxième concerne l'article 21, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 139/2004 qui permet aux États membres de prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. Cette faculté permet aux Etats membres soit d'interdire sur leur territoire une opération autorisée par la Commission, soit à l'inverse d'autoriser une opération interdite. Sont considérés comme

⁶¹ Article 10 de la loi sur la concurrence 15/2007 du 3 juillet 2020, traduction libre : "*Aux fins des dispositions de l'article 60 de la présente loi, le Conseil des ministres peut évaluer les concentrations économiques à la lumière de critères d'intérêt général autres que la protection la concurrence. En particulier, il faut entendre par là [...] d) la protection de l'environnement*".

⁶² Article L.430-7-1 du Code de commerce.

⁶³ Article 42 de la loi contre les restrictions de concurrence de 1957.

intérêts légitimes la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. La protection de l'environnement pourrait également être formellement intégrée à cette liste, même si une lecture extensive des textes permettrait de considérer que la protection de l'environnement constitue d'ores et déjà une composante de la sécurité publique. En outre, les Etats membres ont la possibilité de communiquer à la Commission tous autres intérêts qu'ils considèrent comme étant légitimes. La Commission pourrait communiquer plus amplement sur sa doctrine d'application de cette disposition, et l'appliquer à la protection de l'environnement.

- La troisième possibilité consisterait à confier à une organisation distincte de la Direction générale de la Concurrence (il pourrait s'agir de la Direction générale de l'environnement), le soin d'effectuer le bilan environnemental d'une concentration à côté de son bilan concurrentiel, afin que chaque angle d'approche soit étudié pleinement et sans parti pris. Le bilan environnemental pourrait être pris en compte dans la décision d'accepter ou non la concentration, voire donner lieu à des acceptations sous conditions d'engagements. Bien sûr, cela nécessiterait une totale refonte du droit positif en la matière. En cas de conflits entre ces objectifs, il faudrait parvenir à les concilier, ce que fait déjà le conseil d'Etat en droit français, par exemple quand il s'agit de concilier des objectifs de bonne gestion du domaine public et des objectifs concurrentiels⁶⁴. Il conviendrait bien entendu de mettre en place des garanties suffisantes pour que ce double bilan n'alourdisse pas la charge administrative pesant sur les entreprises et qu'il n'impacte pas le calendrier de réalisation de leurs opérations. Dans cette perspective, il pourrait ne pas être systématique et intervenir uniquement pour les opérations remplissant certains critères rendant pertinente la réalisation d'un bilan environnemental. De même, il conviendrait que la coordination entre les Directions concernées intervienne suffisamment en amont du contrôle pour être efficace.

⁶⁴ Conseil d'Etat, 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260.

Partie 3 – Contrôle des aides d'Etat

1. Observations liminaires

Les aides d'Etat en faveur de l'environnement et des économies d'énergie représentent une part très importante du volume des aides allouées à l'économie, celles-ci couvrant près de 53 % des dépenses totales en matière d'aides d'État en 2017⁶⁵.

Il va sans dire que les aides d'Etat ont un rôle majeur à jouer dans la réalisation des objectifs du pacte vert en complément du rôle joué par les entreprises. A titre d'exemple, l'OCDE a souligné que sur les marchés de l'eau, des déchets et de l'énergie, le renforcement de la protection de l'environnement requerrait le développement de technologies de pointe que seules des entreprises de grande taille pouvaient maîtriser, justifiant l'attribution aux PME d'aides à la recherche-développement dans ce domaine⁶⁶.

En tout état de cause, l'urgence environnementale requiert une action forte de la Commission, à l'instar de l'encadrement temporaire publié en un temps record le 19 mars 2020 et salué par l'ensemble des parties prenantes, afin d'assouplir les règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre de la lutte contre le COVID-19.

Ainsi, l'approche concernant les aides d'Etat doit s'inscrire dans une vision pragmatique, globale et politique de l'économie favorisant un cadre juridique évitant les charges administratives excessives, propice au développement de projets de transition écologique d'envergure.

Les outils existants ont démontré leur efficacité, en particulier au cours de la crise sanitaire. Cependant, la mise en place d'une future économie en faveur de la transition écologique sera stimulée grâce à des lignes directrices concernant les aides d'Etat environnement-énergie et de R&D permettant une créativité collective suffisante, à même de concurrencer les coopérations entre-entreprises et en lien avec les autorités nationales dans les autres régions du monde. Il convient pour cela d'agir tant sur la phase de R&D que sur celle de mise au point « *first of a kind* » et du déploiement.

Par ailleurs, il faut souligner que le régime européen de contrôle strict des aides d'État est singulier par rapport aux autres espaces économiques mondiaux, en plaçant l'Union européenne dans une situation désavantageuse, alors que les pays tiers vont renforcer leurs financements en faveur de l'environnement et conçus comme des outils contribuant à sortir leurs économies de la crise actuelle. Dans ce cadre, les travaux actuels de la Commission sur les subventions étrangères sont bienvenus. De même, la mise en place et la correcte application d'accords de libre-échange entre l'Union européenne et des pays tiers deviennent encore plus décisives.

Face à cela, il apparaît également opportun de :

⁶⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne du 24 janvier 2019 ([lien](#)). Cette proportion va croissante : en 2003, Patrick Thieffry recensait seulement 23 % d'aides d'Etat consacrées à l'environnement (Patrick Thieffry, Traité de droit européen de l'environnement, Bruylant, troisième édition, pages 1012 et 1060).

⁶⁶ OCDE, *Environmental regulation and competition*, 2006, page 98.

- appréhender la R&D dans une dimension concurrentielle stratégique devant considérer la globalisation de l'économie (en particulier la problématique autour de la propriété intellectuelle développée plus haut),
- identifier le rôle de la commande publique européenne pour stimuler l'innovation et tendre vers une commande publique européenne supra nationale. A l'instar des pratiques de pays tiers, l'usage de cet outil permettrait également d'éviter la qualification d'aides d'Etat,
- réfléchir à un mécanisme de financement des aides évitant de pénaliser les acteurs économiques soumis à la concurrence en tant que possibles redevables de nouvelles obligations fiscales, et sur l'opportunité d'une harmonisation européenne en la matière.

2. Réponses aux questions de la Commission

2.1. Question n° 1 : Changements à apporter au contrôle des aides d'Etat pour un plus grand soutien des objectifs du Pacte Vert

La Commission a appelé les contributeurs à répondre à la question suivante :

Quels sont les principaux changements que vous souhaiteriez voir apporter dans les règles actuellement en vigueur sur les aides d'État afin de veiller à ce qu'elles soutiennent pleinement le pacte vert ? Dans la mesure du possible, veuillez fournir des exemples dans lesquels vous estimez que les règles actuelles en matière d'aides d'État ne soutiennent pas suffisamment le verdissement de l'économie et/ou lorsque les règles actuelles en matière d'aides d'État permettent un soutien contraire aux objectifs environnementaux.

Tout comme l'a énoncé la Cour de justice à de nombreuses reprises⁶⁷, l'AFEC est d'avis que la protection de l'environnement ne justifie pas l'exclusion de mesures sélectives du champ d'application de l'article 107, paragraphe 1^{er}, du TFUE. En revanche, la protection de l'environnement est susceptible de justifier des aides au stade de l'examen de leur compatibilité avec le TFUE. Les lignes directrices sur les aides d'Etat en faveur de l'environnement et de la réalisation d'objectifs en matière d'énergie y participent directement sur le fondement de l'article 107, paragraphe 3, point c) de ce traité.

La protection de l'environnement est par conséquent bien intégrée aux règles relatives aux aides d'Etat, qui admettent de nombreuses exceptions au principe d'interdiction lorsque l'aide participe à la réalisation de certaines politiques publiques.

Plusieurs pistes sont néanmoins envisageables afin de renforcer la prise en compte des enjeux environnementaux dans le cadre du contrôle des aides d'Etat. La révision des EEAG en 2022 pourrait être une occasion à saisir afin de réaliser la réforme nécessaire, notamment en mobilisant pleinement les autres exemptions de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE :

⁶⁷ CJUE, 22 décembre 2008, aff. C-487/06 P, *British Aggregates Association c/ Commission des Communautés européennes et Royaume-Uni*, paragraphe 92 ; CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-279/08 P, *Commission c/ Pays-Bas*, paragraphe 75.

- Il serait possible d'assouplir les conditions d'application du point b), qui autrefois était le fondement premier des aides en faveur de la protection de l'environnement au motif que la pollution constituait une menace commune⁶⁸. La communication sur les aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun ("PIIEC") pourrait à ce titre constituer un outil de première importance, et pourrait même être précisée afin de permettre la mise en œuvre unilatérale de tels projets⁶⁹. Cet outil est en effet essentiel pour réfléchir à la construction ou la production commune de solutions technologiques mutualisées entre entreprises qui requièrent des investissements colossaux, en particulier dans la R&D environnementale. A titre d'exemple, le développement des besoins d'investissements bas carbone doit se poursuivre d'ici fin 2030 dans le cadre de la trajectoire de neutralité carbone pour 2050. Pour ce faire, il est important de rééquilibrer les orientations européennes en faveur du soutien à la R&D et au déploiement des technologies bas carbone notamment au travers des PIIEC à vocation transnationale, pour lesquels les procédures de notification des PIIEC doivent être simplifiées.
- Il serait possible d'élargir la notion de "mesure contraire à l'intérêt commun" prévue par le point c) pour y intégrer, outre la prise en compte des effets négatifs de l'aide sur la concurrence ou les échanges entre Etats Membres, les répercussions négatives des mesures sur l'environnement.
- Il serait également envisageable de s'appuyer sur le point d) dudit article en considérant que l'environnement est un patrimoine, ou sur le paragraphe 2, point b), de celui-ci en considérant que l'urgence climatique est une calamité naturelle inscrite dans le long terme.
- Enfin, il serait possible de faire pleinement usage du point e) quant à la définition par le Conseil de l'Union européenne de catégories d'aides exemptables, qui n'a été utilisé qu'une seule fois en matière navale).

De nouvelles lignes directrices pourraient préciser les conditions d'application de ces articles, sur le modèle de l'encadrement temporaire qui a énoncé les fondements envisageables à des aides décidées dans le cadre de la crise du COVID-19.

⁶⁸ CJCE, 8 mars 1988, aff. 62 et 72/87, *Exécutif régional wallon c/ Commission*, paragraphe 22.

⁶⁹ En effet, le paragraphe 16 de la communication considère que mis à part pour certains projets, les PIIEC doivent "*normalement associer plus d'un État membre*".

2.2. Question n° 2 : Les malus verts

La Commission a appelé les contributeurs à répondre à la question suivante :

Si vous estimez que des niveaux d'aide d'État moins élevés ou moins de mesures d'aide d'État devraient être approuvés pour des activités ayant une incidence négative sur l'environnement, quelles sont vos idées pour ce faire? a. Pour les projets ayant une incidence négative sur l'environnement, quelles sont les moyens dont disposent les États membres ou le bénéficiaire pour atténuer les effets négatifs ? (Par exemple : si un investissement dans le haut débit/le chemin de fer est susceptible d'avoir une incidence sur la biodiversité, comment pourrait-on s'assurer que cette biodiversité est préservée pendant les travaux; ou si une centrale hydroélectrique mettrait en danger les populations de poissons, comment les poissons pourraient-ils être protégés ?)

L'attribution d'un malus aux mesures d'aides d'Etat soutenant des activités peu respectueuses de l'environnement est une piste intéressante qui permettrait d'accompagner la décarbonisation de l'économie. Aussi, ainsi que l'ont souligné les autorités nordiques de concurrence, la diminution ou la suppression des aides d'Etat aux secteurs peu respectueux de l'environnement est également souhaitable d'un point de vue purement concurrentiel⁷⁰.

Cette question a également été récemment posée dans l'initiative franco-allemande du 18 mai 2020 pour la relance européenne face à la crise du coronavirus, qui avait proposé d'"élaborer pour chaque secteur une feuille de route pour une reprise respectueuse de l'environnement incluant, là où c'est nécessaire, des cibles et/ou des conditionnalités en matière de climat et d'environnement".

Cette analyse globale de la compatibilité des aides d'Etat au droit de l'Union européenne exige des compétences très techniques et sectorielles dont la Direction Générale de la concurrence de la Commission n'est, selon nous, pas suffisamment pourvue. Toutefois, comme en matière de comportements anticoncurrentiels ou de contrôle des concentrations, la formation d'équipes spécialisées ou une coopération avec la Direction générale de l'environnement de la Commission ou des autorités nationales spécialisées en matière d'environnement serait une solution. Dans une optique plus pragmatique, la Commission pourrait recourir à des expertises tierces, à l'instar de ce qu'a pu faire la Banque centrale européenne afin d'identifier les créances toxiques au bilan des banques à la suite de la crise des subprimes.

Néanmoins, l'éventuelle instauration de malus verts ne doit pas se limiter à une fonction punitive mais doit permettre aux Etats membres d'amender les projets soumis à l'approbation de la Commission. L'analyse de la compatibilité de l'aide au droit de l'Union doit ainsi permettre une discussion entre la Commission et les Etats membres afin de pallier les préoccupations exprimées, par exemple en permettant aux Etats membres de s'engager sur des mesures correctrices ou compensatrices. Le soutien d'un site empiétant sur des espaces naturels pourrait par exemple s'accompagner de la sanctuarisation de nouveaux espaces biologiquement équivalents ou d'un renforcement de la protection des espaces naturels.

⁷⁰ Rapport conjoint des autorités nordiques de concurrence, *Competition Policy and Green Growth – Interactions and challenges*, octobre 2010, page 23.

2.3. Question n° 3 : Les bonus verts

La Commission a appelé les contributeurs à répondre à la question suivante :

Si vous estimez qu'il y a lieu d'autoriser davantage d'aides d'État pour soutenir les objectifs environnementaux, quelles sont vos idées sur la manière de procéder?

a. Cela devrait-il consister à autoriser davantage d'aide (ou autoriser l'aide plus facilement) pour des projets bénéfiques pour l'environnement que pour des projets comparables qui n'apportent pas les mêmes avantages (« bonus vert »)? Dans l'affirmative, comment convient-il de définir ce bonus vert?

b. Quels critères devraient guider l'évaluation d'un bonus vert ? Pourriez-vous donner des exemples concrets dans lesquels, selon vous, un bonus vert serait justifié, par comparaison avec des exemples où il ne serait pas justifié ? Veuillez justifier votre choix.

L'AFEC est favorable à une politique consistant à attribuer un bonus aux projets bénéfiques à la protection de l'environnement eu égard à l'urgence que représente le défi de la protection de l'environnement et de sa prévalence sur les questions de concurrence.

Il est par exemple essentiel de favoriser le soutien d'activités de R&D portant sur de nouvelles technologies propres plutôt que sur des technologies concurrentes nuisibles à l'environnement, y compris lorsque des risques concurrentiels équivalents ou plus élevés sont susceptibles d'être constatés. Ainsi, des mesures d'aide soutenant massivement des secteurs comme celui des batteries ou de l'hydrogène doivent être encouragées, et ce quand bien même ces mesures créeraient des risques concurrentiels substantiels du fait que ces marchés sont émergents et/ou que tous les acteurs européens du secteur sont réunis.

A ce titre, il faut souligner qu'une politique de concurrence favorisant le développement de technologies et modes de production plus respectueux de l'environnement est une opportunité pour l'industrie européenne, en ce qu'elle peut devenir un outil de compétitivité pour les entreprises du continent et renforcer une autonomie que l'actuelle crise sanitaire et économique requiert.

Ici aussi, toutefois, à l'instar de ce qui a pu être développé en réponse aux questions de la Commission quant à l'institution d'un malus vert, l'appréciation de bonus vert pourrait être complexe, mais cette difficulté doit pouvoir être surmontée en adjoignant à la Commission les services compétents, en favorisant l'assistance entre les directions générales, ou en recourant ponctuellement à l'analyse de professionnels spécialisés.

Également, on peut craindre que ce bonus ne creuse l'écart entre les Etats membres dont l'économie est assez développée pour envisager son verdissement, et les Etats membres disposant de moyens moins importants et dont la principale préoccupation est de dynamiser certains secteurs plutôt que de rendre leur production plus éthique.

Ces préoccupations quant aux disparités de moyens à l'intérieur même de l'Union européenne, qui avaient déjà été exprimées à l'occasion des mesures nationales prises en réponse à la crise du COVID-19, pourraient être tempérées par la création d'un fonds européen massif à l'instar de celui de 1.800 milliards d'euros levé pendant la crise sanitaire.

Si une levée de fonds a été possible à cette occasion, une initiative au moins aussi ambitieuse ne serait-elle pas envisageable pour faire face au défi de la protection de l'environnement, au moins aussi majeur et urgent que celui de la crise sanitaire ?

1.4. Question n° 4 : Définition des avantages environnementaux positifs

La Commission a appelé les contributeurs à répondre à la question suivante :

Comment définir les avantages environnementaux positifs ? a. Devrait-on se référer à la taxinomie de l'UE et, dans l'affirmative, devrait-on se référer à tous les critères de durabilité de la taxinomie de l'UE ? Ou tout avantage environnemental, quel qu'il soit, serait-il suffisant ?

La définition des avantages environnementaux positifs pose les mêmes difficultés qu'en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles ou des opérations de concentrations. Il est important de ne pas limiter l'analyse aux avantages mesurés en termes quantitatifs et de laisser une place aux éléments qualitatifs. En effet, si l'évaluation de ces avantages n'est pas une tâche évidente elle reste possible et la taxinomie de l'Union européenne classant les activités durables est un outil pouvant faciliter grandement ce travail d'identification des avantages environnementaux.

Le règlement n°2020/852 (ci-après, le "Règlement Taxinomie") propose une classification européenne pour soutenir les investissements durables. Il offre un utile cadre de référence pour déterminer la durabilité -ou non- d'une activité économique. Les travaux relatifs à la taxinomie sont actuellement insuffisants pour apprécier la contribution de l'ensemble des projets favorables à la transition écologique, ceci pour les raisons suivantes :

- la taxinomie s'applique aux activités et non aux projets ;
- la notion d'activités en transition et facilitatrices, introduites uniquement pour les critères climatiques, paraît exclure de nombreuses activités pourtant en transition et facilitatrices; il n'est pas souhaitable que cette classification entraîne un risque de ne pas financer des projets de transition ;
- les critères d'examen techniques concernant les objectifs climatiques de la taxinomie n'ont pas encore été adoptés; en outre, de nombreuses activités n'ont pas été couvertes par les travaux menés jusqu'à présent par le TEG, alors qu'ils contribuent potentiellement à la transition écologique et aux objectifs du Green deal ;
- enfin, les critères d'examen techniques concernant les autres objectifs environnementaux de la taxinomie (économie circulaire, ressources en eaux, pollutions locales, biodiversité) ne seront examinés qu'en 2021 et l'établissement de critères quantifiés univoques risque d'être compliquée, au contraire du climat, ce qui conduira à des indicateurs composites bien plus complexes à exploiter.

Le Règlement Taxinomie, dont les actes d'application restent à venir, est en l'état trop peu défini pour pouvoir être utilisé comme référence du système de bonification. Il conviendra de mieux définir les activités de transition et que le règlement couvre certaines activités pour le moment exclues, avant qu'il ne puisse y être fait référence.

Le droit des aides d'Etat qui requiert plus de pragmatisme stratégique ne peut pas être complexifié par une référence trop stricte à la taxonomie. Il est nécessaire d'établir d'autres critères définis par l'UE et/ou à l'initiative des entreprises promotrices de projets en faveur de la transition écologique.

* * *