

Accords de coopération horizontale entre entreprises

Consultation de la Commission européenne sur ses projets de règlements R&D et de Spécialisation et de Lignes directrices

L'Afep remercie la Commission européenne d'offrir aux entreprises l'occasion de donner leur avis sur ces projets de texte qui, dans le prolongement des diverses consultations menées par la Commission, contribuent à clarifier, préciser et introduire de nouveaux points sur un outil essentiel à la vie des entreprises.

Deux sujets retiennent principalement leur attention et seront traités ci-dessous par type de texte concerné.

1/ Le projet de règlement en matière de R&D

Si les entreprises apprécient la clarification formelle et rédactionnelle de la structure du texte, elles **déplorent sur le fond le maintien de l'approche restrictive** faite par la DG Concurrence de la Commission du cadre juridique des accords de coopération horizontale en R&D (a). En outre, et ce malgré les commentaires apportés dans le projet de lignes directrices pour éclairer le règlement, elles ne comprennent pas les restrictions de concurrence supplémentaires apportées par la Commission à l'article 6.3 de ce projet de règlement (b).

- a) L'exemption au principe d'interdiction reste **conditionnée à l'accès illimité de toutes les parties au résultat final de la recherche** (PI et savoir-faire, art 1, 3, 4¹) ; le partage avec toutes les parties (y compris avec des instituts de recherche ou centres universitaires non européens) n'est plus adapté au contexte de forte concurrence mondiale.

Ce Règlement d'exemption est en effet trop souvent invoqué par des instituts/organismes de recherche et partenaires affirmant que le savoir-faire secret des entreprises ou les DPI (préexistant ou résultant d'une recherche conjointe) pourraient être partagés avec des tiers (concurrents ou non) aux fins de la recherche et du développement et de l'exploitation. Exiger que les DPI et les savoir-faire soient partagés avec toutes les parties en règle générale (article 3) n'est **plus adapté au contexte actuel de concurrence entre les différentes zones géographiques mondiales**. Il existe en effet un risque que le résultat de ces recherches communes fuie rapidement vers la concurrence de pays tiers. Les entreprises doivent avoir un intérêt économique pour partager leur propriété intellectuelle ; il ne peut être une condition préalable pour obtenir l'accord de la Commission.

Ceci décourage en outre en pratique les entreprises, y compris les petites, de participer à des activités de recherche et technologie (R&T) et R&D communes, qui seront pourtant la pierre angulaire de la compétitivité des entreprises européenne face aux défis environnementaux et numériques.

Cette obligation se révèle donc contre-productive dans la mesure où **l'ambition européenne en matière environnementale, numérique et de résilience nécessite un effort accru en matière de R&D collective, au sein et même au-delà des écosystèmes**. L'ampleur de la coopération nécessaire accroît d'autant les risques d'effet disséminateurs induits par le règlement et les lignes directrices. A ce titre, le droit de la concurrence se doit d'**apporter la sécurité juridique et les incitations indispensables au succès de l'ambition européenne**.

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

De son côté, le projet de lignes directrices invite notamment, pour établir l'effort concurrent, à observer s'il existe des **tiers à l'accord poursuivant en substance le même but ou objectif de l'accord ou si les efforts de R&D sont identiques ou susceptibles d'être substituables**.

Ce projet recommande ainsi de prendre en considération les « informations fiables » des efforts concurrents, tels que « l'importance, le stade et le calendrier des efforts de R&D, les ressources financières et humaines des tiers (et leur accès à

¹ Art 1 : reformule la R&D de 2010 sans modifier les conditions d'accès aux résultats

Art 3 : confirme le plein accès par toutes les parties au résultat final pour poursuivre la R&D et pour son exploitation

Art 4 : prévoit toujours l'accès au savoir-faire préexistant pour les activités conjointe ou rémunérées de R&D

celles-ci), leurs droits de propriété intellectuelle, leur savoir-faire ou d'autres actifs spécialisés, leurs précédents efforts de R&D, et la capacité des tiers d'exploiter directement ou indirectement les résultats éventuels de leurs efforts de R&D au sein du marché intérieur et la probabilité qu'ils le fassent ».

Cette approche théorique des efforts dans le domaine de la R&D appelle les commentaires suivants :

- cette condition supplémentaire requérant "trois efforts concurrents" conduit de facto à exclure du bénéfice de l'exemption par catégorie tous les projets de recherche commune visant des **innovations de rupture voire plus largement, d'autres projets**. En tout état de cause, les trois premiers projets devraient, en toute rigueur, en être exclus. De plus, la définition des efforts "concurrents" du point de vue de l'objectif est très imprécise selon que l'on en retient une acception stricte ou large. Par exemple, dans un des secteurs où la recherche est essentielle comme le secteur pharmaceutique, l'objectif devrait-il être défini au niveau du mode de traitement, de la pathologie, de l'aire thérapeutique, ou du simple "traitement" ?
- en pratique, les parties ne sont pas nécessairement en mesure lors de la conclusion de l'accord de **disposer des informations sur les travaux de R&D réalisés par leurs concurrents**, ni de déterminer la comparabilité, la fiabilité, la probabilité, etc. notions toutes sujettes à interprétation.
- le choix d'un seuil de « trois » efforts concurrents retenu dans le projet soulève des interrogations quant à sa pertinence. Ce seuil paraît doublement inadapté car (i) trop difficile à atteindre pour les accords conclus sur des marchés concentrés (ii) dans le cadre d'un texte déjà restrictif en visant les « entreprises concurrentes en matière d'innovation ».

L'introduction de l'article 6.3 prenant en compte la concurrence dans l'innovation et l'exemption d'accords pour le développement de nouveaux produits, technologies et procédés et pour les efforts de R&D orientés vers un but ou objectif spécifique apporte une nouvelle condition restrictive puisque **seuls sont potentiellement exemptés les cas réunissant au moins trois efforts de R&D concurrents comparables à ceux de l'accord**.

Cet article 6.3 pourrait ainsi dissuader ou complexifier la conclusion de ces accords au détriment des efforts d'innovation nécessaires en Europe.

Ce projet de règlement va donc à l'encontre de l'ambition européenne en matière environnementale, numérique et de résilience ; il ignore la réalité concurrentielle actuelle et ne contribue pas à soutenir les efforts de R&D des entreprises européennes. Une meilleure compréhension des enjeux de souveraineté est d'autant plus requise qu'il n'est nullement avéré qu'un accord qui ne permettrait pas l'accès de chaque partie aux résultats pour un usage illimité induirait en tant que tel une restriction de concurrence.

2/ Les « accords de durabilité » dans les projets de lignes directrices

De manière générale, l'Afep **apprécie l'enrichissement effectué par la Commission concernant les principes communs déroulés dans les Lignes directrices**. Il offre aux entreprises une grille d'analyse plus détaillée qui contribue à améliorer leur visibilité sur ce type d'accord.

Les entreprises apprécient, en outre, l'intégration d'un point 9 nouveau sur les accords de durabilité, domaine essentiel pour l'autonomie stratégique européenne.

Cette approche leur semble toutefois devoir être confortée sur la base des nombreuses prises de position récentes, de la Commission en particulier.

Ces lignes directrices sur les accords horizontaux sont à même de contribuer davantage à l'ambition européenne dès lors que les développements sur les accords de durabilité sont approfondis et explicités sur les aspects de résilience et de numérique notamment, en particulier s'agissant des efficacies. Il s'agit **d'apporter aux entreprises les incitations et la sécurité juridique qui encourageront le déploiement de projets au soutien des objectifs européens**.

- En ce sens, le **nouveau modèle de croissance européen prôné en mars 2022 par la Commission**² repris par le Conseil, met l'accent, à égalité, sur les impératifs environnementaux, numérique et de résilience. Elle y souligne avec pertinence la

² Voir https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1467

nécessité de l'effort et de l'initiative privés et l'indispensable dynamique, au sein et au-delà des écosystèmes, dans un élan collectif inédit, par exemple dans le cadre d'alliances ou de PIIEC.

L'ensemble du cadre et des règles européennes doit être mis au service de cette ambition pour soutenir les efforts requis pour tendre vers l'autonomie stratégique.

Les entreprises notent donc avec intérêt le **lien entre durabilité, gains d'efficience et résilience** (cf en ce sens le § 578). Considérant le « Green Deal » comme une opportunité permettant à l'Europe d'affermir sa recherche et, à terme, son autonomie technologique et stratégique, l'Afep avait déjà fait valoir fin 2020 cette approche dans sa réponse à la consultation de la CE sur l'apport de la politique de concurrence à la réalisation des objectifs du « Green Deal ».³

Des **coopérations vertueuses peuvent en effet conduire à des améliorations sectorielles, notamment en matière environnementale**. Dans ses lignes directrices publiées en janvier 2021 relatives au droit de la concurrence et à la protection de l'environnement⁴, l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et les marchés (Autoriteit Consument & Markt) 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. En l'espèce et sur le plan environnemental, la coopération entre acteurs économiques se révèle plus efficace que la libre concurrence et répond au bien-être du consommateur et de la société en général.

Dans ce cadre, l'Afep considère que **l'analyse de la DG concurrence sur les accords horizontaux devrait soutenir plus clairement l'ampleur des coopérations industrielles requises pour atteindre les objectifs européens environnementaux, numérique et de résilience**.

La Communication de mars conforte une approche transversale de la Commission. Ainsi, voir notamment :

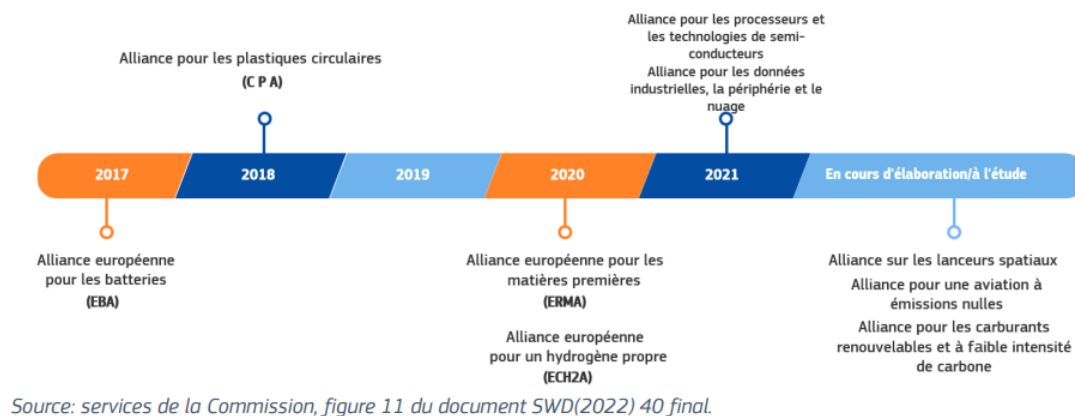
P.1 : « Un large consensus se dégage sur les priorités du modèle de croissance économique européen, au nombre desquelles figurent les transitions écologique et numérique, et sur la nécessité de renforcer la résilience économique et sociale de l'Union. Ensemble, ces priorités contribuent à l'objectif de durabilité compétitive. La réalisation de nos objectifs passe par des changements structurels dans l'économie de l'UE, y compris au niveau national et régional. La transition vers un modèle économique durable, résilient et inclusif, que rendent possible une diffusion et une adoption plus larges des technologies et des compétences numériques et écologiques, contribuera à relever les grands défis auxquels l'Europe est confrontée, à améliorer sa position en tant que leader sur la scène mondiale et à renforcer son autonomie stratégique ouverte. »

P. 12 : « La transition vers une économie et des modèles d'entreprise plus écologiques, plus numériques et plus résilients est en train de prendre racine en Europe. On voit émerger d'importantes réserves d'investissement susceptibles de promouvoir la primauté industrielle de l'Europe dans le domaine des technologies du futur.

Les alliances industrielles peuvent jouer un rôle important dans la mobilisation des acteurs et des investissements dans les domaines stratégiques, la mise en évidence des obstacles et des facilitateurs réglementaires et la constitution d'une réserve de projets appropriée. Les alliances industrielles existantes ont joué un rôle déterminant dans le renforcement des capacités européennes (par exemple pour les batteries), comme l'illustre le graphique ci-dessous. Elles produisent des résultats tangibles en alignant les priorités européennes, nationales et privées en matière de réformes et d'investissements sectoriels.

³ Voir <https://afep.com/publications/appel-a-contribution-de-la-commission-europeenne-apport-de-la-politique-de-concurrence-a-la-realisation-des-objectifs-du-green-deal/>

⁴ Voir <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>



Des projets importants d'intérêt européen commun (PIIEC) peuvent contribuer à stimuler les investissements publics et privés en soutenant la recherche, l'innovation et les premiers déploiements industriels dans l'ensemble de l'Union. »

P.12: « Pour permettre de maîtriser une transformation aussi massive de l'économie européenne, un cadre stratégique favorable doit soutenir l'innovation et accompagner le changement. Relever les défis, dans le monde de l'après-pandémie, nécessitera des produits et des services innovants mais aussi de nouveaux modèles économiques et une main-d'œuvre bien préparée et capable de s'adapter. Les investissements requis pour mener à bien la double transition et renforcer la résilience devront provenir principalement du secteur privé.

Les politiques transversales, telles que les politiques fiscale et commerciale ou la politique de la concurrence, soutiennent également un environnement européen favorable à l'activité économique et contribuent à attirer les investissements.

La politique de la concurrence de l'UE a un rôle essentiel à jouer à cet égard, mais aussi pour maintenir des conditions de concurrence équitables et aider les entreprises à innover et à se développer. »

- De même, la récente Déclaration de Versailles (mars 2022) du Conseil européen souligne combien l'inclusion de multiples politiques et critères contribue à renforcer l'autonomie européenne⁵ :

« En nous appuyant sur les atouts du marché unique, dont nous poursuivrons le parachèvement, nous rendrons la base économique de l'Europe plus résiliente, plus compétitive et mieux adaptée aux transitions écologique et numérique, tout en ne laissant personne de côté. »

- En se fondant sur ces orientations pragmatiques encourageantes, l'Afep propose qu'un clair soutien **en faveur d'amples coopérations industrielles soit apporté pour atteindre les objectifs européens environnementaux, numérique et de résilience** en :

- Innovant dans l'interprétation de l'article 101-1 TFUE pour conforter une **approche plus positive de ces coopérations**, en particulier dans le domaine de la recherche, qui ne doivent pas être considérées comme restrictives et (i) conduire les entreprises à devoir démontrer de manière complexe le bien-fondé d'une coopération ou (ii) à renoncer aux coopérations du fait des risques perçus dans l'agenda industriel tendu qui leur est imposé ;

- incluant les **critères de durabilité, numérique et résilience dans la définition de la notion d'efficacité**, à un **niveau de priorité suffisant et dans une temporalité suffisamment longue**, au-delà du seul critère prix de court terme, qualité ou innovation. Les priorités majeures européennes – en particulier la transformation d'industries entières vers une économie plus verte- doivent en effet pouvoir être intégrées au concept d'efficacité ;

En ce sens, il est proposé d'affirmer cet objectif au § 559 en rédigeant le début de phrase de la manière suivante : « The fact that an agreement genuinely pursues a sustainability objective ~~may~~**must** be taken into account... »

⁵ Voir <https://www.consilium.europa.eu/media/54777/20220311-versailles-declaration-fr.pdf>

- révisant l'approche concernant les **accords de normalisation en matière de durabilité** qui, pour ne pas produire « des retombées négatives appréciables sur la concurrence » et ne pas enfreindre l'article 101 (1) TFUE, doivent remplir une **liste de sept conditions cumulatives** déroulées au paragraphe 572 du projet des lignes directrices ; parmi celles-ci, la sixième condition interdit les augmentations significatives de prix.

*La condition 6 du § 572 relative à une augmentation significative du prix devrait permettre de **concilier gains d'efficacité et augmentation de prix** dans la mesure où :*

(i) il est impossible de déterminer ab initio la variabilité du prix induite par les efforts de recherche pour produire des produits plus compétitifs, (ii) une appréciation ex ante de l'incidence potentielle de cette recherche sur un futur prix crée une insécurité juridique pour les entreprises freinant l'incitation à lancer des recherches nouvelles.

- soutenant, au titre des **accords de durabilité ne soulevant pas de problème de concurrence** (§ 9.2), des initiatives sectorielles **de plans de vigilance** permettant la mise en commun, au niveau sectoriel ou de filière, de démarche extérieure (consultants) pour analyser la chaîne de valeurs (approvisionnement/ industrie...) ;

Voir en ce sens :

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

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

*

À propos de l'Afep

Depuis 1982, l'Afep rassemble les grandes entreprises opérant en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles, a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision des entreprises membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Restaurer la compétitivité des entreprises pour assurer la croissance et l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la principale priorité de l'Afep. L'Afep compte plus de 110 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises membres de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel combiné s'élève à 2 600 milliards d'euros.

L'Afep participe à l'élaboration de législations trans-sectorielles, au niveau français et européen, dans les domaines suivants : économie, fiscalité, droit des sociétés et gouvernement d'entreprise, financement des entreprises et marchés financiers, concurrence, propriété intellectuelle et consommation, droit du travail et protection sociale, environnement et énergie, responsabilité sociale des entreprises et commerce.

Contact:

Emmanuelle Flament-Mascaret, Directrice Droit économique / concurrence@afep.com
Alix Fontaine, Chargée de mission Affaires européennes / a.fontaine@afep.com