

Commentaires en réponse à la consultation publique de la Commission européenne sur l'évaluation des règles en matière de concurrence relatives aux accords horizontaux

L'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (ci-après, l' « **APDC** ») se réjouit de l'organisation par la Commission européenne (ci-après, la « **Commission** ») d'une consultation publique sur les deux règlements horizontaux d'exemption par catégorie : le règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« **TFUE** ») à des catégories d'accords de recherche et de développement (« **R&D** ») et le règlement n°1218/2010 du 14 décembre 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords de spécialisation (ci-après les « **Règlements d'exemption** ») ainsi que sur les lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale (les « **Lignes Directrices** »).

La pertinence de ces textes en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de cohérence à l'échelle européenne amène naturellement l'APDC à considérer comme nécessaire leur renouvellement.

L'APDC est en effet d'avis que le maintien de textes et Lignes Directrices à un niveau européen est indispensable à une approche cohérente des accords de coopération horizontaux, non seulement, par les opérateurs économiques qui multiplient de plus en plus le recours à des partenariats technologiques et/ou commerciaux au-delà des frontières nationales, mais aussi par les autorités nationales de concurrence qui se penchent régulièrement sur ce type d'accords.

Au-delà de leur renouvellement, l'APDC saisit l'opportunité de la présente consultation pour revenir sur certains mécanismes et concepts exposés dans ces différents textes. L'APDC considère en effet essentiel de réfléchir à une adaptation et modernisation de certains des mécanismes d'exemption et thèmes abordés dans ces textes, tout d'abord, au regard de l'évolution de l'environnement économique et technologique ainsi que des pratiques de marché depuis leur adoption il y a près de dix ans et, ensuite, en intégrant les principaux apports intervenus en jurisprudence et dans la pratique décisionnelle que ce soit au niveau européen ou au niveau national.

A titre liminaire, l'APDC suggère à la Commission, par souci de simplification et de lisibilité, d'une part, de rassembler les deux règlements d'exemption existants sur les accords de R&D et spécialisation au sein d'un seul règlement qui pourrait avoir un champ d'application élargi à tous les types d'accords horizontaux susceptibles de poursuivre un objectif d'efficacité économique et d'innovation, et, d'autre part, de procéder à un rehaussement du niveau des seuils en parts de marché afin de les adapter au contexte économique et technologique actuel.

En effet, depuis l'adoption de ces règlements, le contexte économique a profondément évolué de sorte que certains secteurs industriels ont connu une forte consolidation dans un souci d'efficacité dans la compétition qui se joue désormais à un niveau international.

A l'inverse, l'APDC n'a pas constaté ces dernières années une forte recrudescence du nombre d'accords de R&D et/ou de spécialisation faisant l'objet de préoccupations de concurrence des autorités, de telle sorte qu'un niveau de parts de marché de 25% (en matière d'accords de R&D) ou de 20% (en matière d'accords de spécialisation) pour bénéficier de l'exemption apparaît inadapté.

Les niveaux très relatifs de ces seuils de parts de marché constituent en réalité plus un frein aujourd'hui à la concrétisation de partenariats technologiques ou commerciaux qu'une sécurité juridique, notamment pour les acteurs économiques parties à un accord ayant une part de marché supérieure à 20 ou à 25%.

L'APDC considère que des seuils de parts de marché plus élevés reflèteraient de façon plus appropriée le niveau de risque au-delà duquel ces accords sont susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence, tout en permettant aux acteurs européens les plus performants d'envisager avec sérénité des partenariats industriels par essence bénéfiques et/ou innovants.

En sus des observations générales **(1)**, les autres sujets sur lesquels l'APDC considère pertinent de revenir dans le cadre de la prochaine consultation sont les suivants :

- En premier lieu, d'une part, la problématique des échanges d'information sensibles, en ce compris les pratiques de « *hub and spoke* » et les accords de coopération sur la collecte, le partage et l'exploitation de données comportementales ou autres qui aujourd'hui ne sont pas ou très peu abordées dans les Lignes Directrices. D'autre part, l'intégration des principaux apports sur la distinction des notions « objet/effet », intervenus en jurisprudence et dans la pratique décisionnelle que ce soit au niveau européen ou au niveau national **(2)**.
- En deuxième lieu, les accords de coopération à l'achat dont la multiplication à un niveau transnational et européen et les initiatives des autorités nationales sur ce sujet militent grandement pour une adaptation et une mise à jour des Lignes Directrices **(3)**.
- Enfin, les accords de recherche et développement, de spécialisation et de normalisation qu'ils portent ou non sur des normes intégrant un accès à des droits de propriété intellectuelle. Il apparaît en effet essentiel d'intégrer l'acquis européen et national de ces dernières années en matière d'engagement FRAND ainsi que d'envisager un traitement spécifique des accords entre opérateurs économiques sur la mise en place de labels ou poursuivant un objectif d'amélioration de l'impact environnemental **(4)**.

1 Observations générales

L'APDC considère que la révision annoncée des Règlements d'exemption et des Lignes Directrices devrait être l'occasion d'apporter les améliorations et clarifications ci-dessous aux textes concernés.

Numérique et Nouvelles technologies d'information et de communication. Les Règlements d'exemption et les Lignes Directrices dans leur rédaction actuelle n'incluent que peu de précisions sur les coopérations dans les industries liées au numérique et aux nouvelles technologies, par exemple en ce qui concerne les coopérations pour la production, la mise en commun et/ou l'utilisation de données. Au regard de l'importance affichée de l'économie numérique dans les priorités des autorités de concurrence et dans l'économie européenne, l'APDC suggère que ces coopérations fassent l'objet d'une attention particulière dans les révisions envisagées afin d'offrir davantage de sécurité juridique aux entreprises qui souhaitent développer de nouveaux projets numériques, par exemple en ouvrant la possibilité de discussions préliminaires informelles avec la DG Concurrence ou en publiant des notes explicatives et des études sur le sujet. La montée en puissance de l'internet des objets (« IoT ») devrait faire l'objet de développements spécifiques. Il serait également utile de consacrer une partie spécifique des lignes directrices aux accords de mutualisation de réseaux de téléphonie mobile (sous ses différentes formes, mutualisation passive, mutualisation d'installations actives, mutualisation des fréquences) qui en l'état, en raison du manque d'une grille de lecture appropriées, se retrouvent improprement analysés dans la pratique décisionnelle comme des accords de production. Or, ce type d'accords se multiplieront eu égard notamment au coût de l'investissement liée au déploiement de la 5G.

Importance accrue des valeurs non-matérielles. Les présentes lignes directrices ne comportent pas de chapitre distinct sur les accords environnementaux, comme c'était le cas des lignes directrices horizontales de 2001. Au lieu d'un chapitre, les Lignes Directrices actuelles abordent les questions de concurrence soulevées par les accords environnementaux à la lumière des chapitres portant sur les accords de R&D, les accords de production, les accords de commercialisation ou les accords de normalisation. Lors d'une conférence en octobre 2019 sur ce thème, la Commissaire Margrethe Vestager a confirmé que la revue actuelle des Règlements d'exemption et des Lignes Directrices pourrait être une opportunité pour expliquer comment les entreprises peuvent mettre en place des accords de développement durable sans retreindre la concurrence.

Plusieurs autorités de concurrence en Europe ont également demandé une clarification des relations entre droit de la concurrence et environnement / développement durable au niveau européen. A titre d'illustration, Kirsi Leivo la directrice de l'Autorité de concurrence finlandaise a indiqué « *il est loin d'être clair de savoir quand les entreprises peuvent coopérer et quand elles ne peuvent pas, et quand c'est bon pour la planète, et quand cela ne l'est pas* ». Selon elle, la Commission est la mieux placée pour prendre position sur le sujet.

Le directeur de l'Autorité de concurrence néerlandaise a également déclaré en novembre 2019 que les autorités de concurrence « *étaient perdues à force de se concentrer sur un standard strict de bien-être* » et qu'elles devaient être guidées par des objectifs de politique publique ajoutant que son autorité allait mettre à jour ses lignes directrices concernant les coopérations considérées comme légitimes pour réaliser des objectifs de développement durable.

Enfin, en France, l'Autorité de la concurrence a également souhaité inscrire le développement durable au cœur de son action (voir Feuille de route de l'Autorité de la concurrence). L'Autorité a ainsi indiqué qu'elle porterait la discussion au niveau international dans le cadre du réseau international de concurrence (International Competition Network, ICN), ainsi qu'au niveau européen, dans le cadre des discussions qui doivent intervenir en 2020 sur la révision des règlements

européens d'exemption sur les restrictions verticales et sur certaines catégories d'accords de recherche et de développement, ainsi que sur certaines catégories d'accords de spécialisation.

L'ADPC accueille favorablement cette prise de position qui devrait se traduire dans la nouvelle version des Règlements d'exemption et des Lignes Directrices par des recommandations claires sur ce qu'il est possible de faire ou non entre concurrents à ce sujet.

La lutte contre le changement climatique et la pollution, la réduction des déchets plastiques ou l'établissement de conditions de travail équitables pour les travailleurs des pays en développement sont en effet des objectifs importants de la politique de l'UE. Les règles de concurrence applicables aux accords horizontaux devraient tenir davantage compte des valeurs non monétaires dont peut bénéficier le consommateur européen et, par conséquent, devraient être prises en considération lors de l'évaluation de la légalité d'un accord.

Par ailleurs, les Lignes Directrices manquent de la clarté nécessaire pour la collaboration de l'industrie dans le domaine de la durabilité. Un traitement particulier des accords entre opérateurs économiques sur le respect de normes environnementales et/ou la mise en place de labels qui portent sur l'origine des produits ou sur d'autres aspects (par exemple produits biologiques, commerce équitable, etc.) devrait être envisagé.

L'ADPC note d'ailleurs que ce sujet n'est pas totalement nouveau. En effet, la Commission a déjà pris en compte des aspects environnementaux dans son analyse de certains accords de coopération avant l'adoption du Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Cela a notamment été le cas dans trois décisions :

- 21 décembre 1994, Philips Orsam dans laquelle la Commission a accordé une exemption en partie sur la base d'objectifs environnementaux à l'entreprise commune entre Philips et Orsam. L'argument était l'élimination des usines obsolète, la baisse de la consommation énergétique.
- 24 Janvier 1999, CECED dans laquelle la Commission a approuvé un accord pour améliorer l'efficacité énergétique des machines à laver de 20%, sur la base de l'Article 101, para. 3, du Traité.
- 17 Septembre 2001, DSD dans laquelle la Commission a exempté des contrats de service contenant des exclusivités aux motifs qu'ils rendaient possible la réalisation de certains objectifs environnementaux.

Seuils de part de marché prévus dans les Règlements d'exemption. Il pourrait être opportun d'évaluer si les seuils de part de marché sont toujours adaptés au contexte économique et technologique actuel alors que la Commission tend à adopter une approche de plus en plus granulaire des marchés (ce qui peut notamment impacter les Petites et Moyennes Entreprises (« **PME** ») présentes sur des segments de niche en les privant des possibilités d'exemption). En particulier, à mesure que les décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations ont défini, ou même seulement envisagé, des marchés de plus en plus précis, les seuils actuels de « *safe harbour* » apparaissent comme trop bas, ce qui peut décourager des accords de R&D et de spécialisation par ailleurs générateurs de synergies. L'ADPC estime qu'il faudrait les relever d'au moins 10 points, en fixant le seuil à 35% de part de marché combinée pour les accords et R&D et à 30% pour les accords de spécialisation. En outre, des critères complémentaires d'évaluation de pouvoir de marché pourraient être envisagés.

A cet égard, l'APDC estime qu'il serait opportun que la révision des règles européennes sur les accords horizontaux s'effectue de manière concertée avec la révision de l'approche de la Commission sur la définition du marché pertinent telle qu'annoncée par la Commissaire Margrethe Vestager. L'APDC considère qu'une telle approche devrait (i) donner lieu à un cadre cohérent entre les définitions de marché et de pouvoir de marché employées en matière d'antitrust et de contrôle de concentrations, comme l'a d'ailleurs souligné la Commissaire ; et (ii) prendre en compte la nécessité, dans les marchés soumis à une concurrence effective ou potentielle démontrée, d'élargir la dimension géographique du marché concerné en tirant toutes les leçons de l'affaire *Alstom/Siemens* et en prenant mieux en compte le développement de l'économie digitale.

Besoin de clarté sur un champ plus étendu de coopérations horizontales. Les Lignes Directrices ne répondent pas toujours au besoin de clarté des entreprises quand elles s'engagent dans des coopérations horizontales qui n'y sont pas traitées. Par exemple, les Lignes Directrices ne donnent aucun élément sur la manière dont les consortiums devraient être traités lorsqu'ils sont créés pour répondre à un appel d'offres ou à un marché public. De manière générale, les problématiques de « *joint bidding* » gagneraient à être davantage explorées dans les lignes directrices révisées. Il serait opportun de profiter de la révision des Lignes Directrices pour en étendre le cadre d'analyse et fournir davantage d'exemples concrets et de sphères de sécurité (« *safe harbours* ») offrant des indications précises aux opérateurs.

Accords entre sociétés mères et entreprises communes. La révision envisagée devrait également donner lieu à des lignes directrices claires aux entreprises sur l'analyse au regard des règles de concurrence des relations entre des sociétés mères et leur(s) entreprises communes. Dès lors que l'entreprise commune est co-contrôlée au sens du droit des concentrations, ces relations (par exemple des accords de distribution ou des accords à l'achat) doivent-elles s'analyser comme des relations intra-groupes, en application de la pratique décisionnelle de la Commission et des juridictions de contrôle sur l'imputabilité entre mère et filiales communes ?

Dans le passé la Commission a pu considérer que des sociétés mères et leurs filiales communes constituaient des entités distinctes, de sorte que des accords conclus entre une société mère et sa filiale commune pouvaient être analysés sous l'angle du droit des ententes. L'affaire la plus fréquemment citée est *Gosme/Martell-DMP*, dans laquelle la Commission a considéré qu'un accord conclu entre une société mère et sa filiale commune consistant à déceler et à empêcher les exportations parallèles était contraire à l'article 101 TFUE. La Commission avait relevé que la société mère et sa filiale étaient des entreprises indépendantes au sens de l'article 101 TFUE étant donné que la société mère n'était pas en mesure de contrôler l'activité commerciale de sa filiale. C'est également la position qu'avait adoptée l'Autorité de la concurrence en France dans sa décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, dans laquelle elle avait condamné, sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE, la société Perrigault et la société TPO, filiale commune créée avec l'armateur APMM, pour s'être entendues sur un partage de clientèle. Toutefois, dans un arrêt du 20 janvier 2011, la Cour d'appel de Paris a remis en cause l'analyse de l'Autorité de la concurrence. Alors même que la création de cette filiale commune avait été autorisée par le ministre de l'Economie et son autonomie confirmée par l'Autorité de la concurrence, la Cour a jugé que la filiale ne disposait pas d'une autonomie suffisante, empêchant ainsi toute qualification possible d'entente illicite. A cet égard, notons qu'en matière de contrôle des concentrations, la Communication juridictionnelle de la Commission¹ prévoit que « *le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de*

¹ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques » (para. 93).

L'APDC relève que, pour les besoins de la sanction, la Commission et les juridictions de contrôle ont considéré que les sociétés mères et leurs filiales constituaient une entreprise unique au sens du droit de la concurrence. Ainsi que la Commission le rappelle dans son rapport annuel pour 2017 à propos de l'affaire Toshiba « *les sociétés mères d'une entreprise commune pourraient être tenues pour responsables, en vertu du droit de la concurrence de l'UE, des activités anticoncurrentielles de cette entreprise commune* » et « *le Tribunal avait précédemment jugé que la Commission avait constaté à raison que les deux sociétés mères d'une entreprise commune exerçaient un contrôle conjoint puisqu'elles avaient toutes deux des droits de veto «sur les questions revêtant une importance stratégique, lesquelles étaient fondamentales pour l'exercice des activités de cette entreprise* ».

Au vu de ce qui précède, l'APDC estime souhaitable que les entreprises bénéficient plus de sécurité juridique à ce sujet par le biais d'une prise de position claire de la Commission sur le fait que les relations entre sociétés mères et leurs filiales communes échappent à l'application de l'Article 101 TFUE.

2 Observations sur les échanges d'informations et les restrictions de concurrence par objet et par effet

2.1 Les échanges d'information

L'introduction en 2011 d'un chapitre sur l'échange d'informations dans les Lignes Directrices a constitué un premier progrès considérable. Mais il importe de préciser que pour cette section des Lignes Directrices, le besoin de clarté et de sécurité juridique des entreprises est particulièrement fort sur ce sujet. Les principaux points à aborder, outre l'incorporation dans les Lignes Directrices des nombreux arrêts intervenus en la matière depuis 2011, pourraient être les suivants.

Clarification des pratiques de clean team et de black box. Dans le cadre de processus de *due diligence*, de négociations d'accords commerciaux ou de *benchmarking*, les entreprises sont régulièrement amenées à mettre en place des dispositifs de *clean team* ou de *black box* consistant à interposer entre entreprises concurrentes des tiers (ou des personnels chargés de fonctions non sensibles) afin de leur permettre d'échanger des informations ayant préalablement perdu leur caractère sensible tout en garantissant la fiabilité des données sous-jacentes. Il serait particulièrement utile que la Commission fournisse des indications plus précises (et idéalement détermine des « *safe harbours* ») sur les paramètres permettant d'assurer la conformité de ces processus avec l'Article 101 TFUE (par exemple en termes d'objectifs poursuivis, de nombre et nature des parties susceptibles de participer au processus, de types de données et de granularité et d'ancienneté de celles-ci).

Efficiences. Il serait utile que les Lignes Directrices reconnaissent l'existence des efficiences générées par la plupart des échanges d'informations (notamment ajustement de l'offre à la demande, amélioration de l'efficacité interne des entreprises, de l'information des consommateurs ou des investisseurs, etc.) et le fait que l'échange d'informations est le plus souvent accessoire au regard d'un comportement à but pro-concurrentiel. Il serait également utile de préciser dans quelle mesure ces efficiences spécifiques aux échanges d'informations peuvent être prises en compte pour contrebalancer leurs éventuels effets anti-concurrentiels.

« **Hub and spoke** ». Les Lignes Directrices gagneraient à être étendues aux pratiques de *hub and spoke* afin de clarifier le standard de preuve nécessaire pour démontrer le caractère anti-concurrentiel de tels échanges. Le test « ABC » introduit par la jurisprudence au Royaume-Uni pourrait constituer une base théorique solide en ce sens.

Prise en compte des moyens numériques de circulation de l'information. Aujourd'hui, les informations circulent plus facilement que jamais entre les acteurs de marché. Des moyens numériques permettent de transmettre des données en temps réel via des « *data feeds* » et d'autres outils, augmentant les risques d'échanges anticoncurrentiels par les parties lors des échanges. A la suite de l'arrêt *Eturas*, il serait utile que les Lignes Directrices clarifient ces risques et les moyens pour les entreprises d'y faire face, notamment en se distanciant des messages communiqués par voie électronique.²

Annonces publiques unilatérales. Dans une décision du 7 juillet 2016³, la Commission a accepté au titre de l'Article 9 (1) du Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité des engagements limitant la possibilité pour les parties de procéder à des annonces unilatérales d'augmentation de prix. Afin

² CJUE, 21 janvier 2016, C-74/14, *Eturas et al./ Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*.

³ Commission, 7 juillet 2016, décision Aff. AT .39850- Container Shipping.

d'assurer la sécurité juridique, il serait utile que les Lignes Directrices clarifient la portée de cette décision et des conditions apportées à de telles annonces.

2.2 Les restrictions de concurrence par objet / par effet

Caractère cumulatif des restrictions par objet/par effet. Les Lignes Directrices opposent les restrictions par objet et par effet, si bien qu'un doute s'instaure quant à leur caractère potentiellement cumulatif. Or, il est intéressant de rappeler qu'un même comportement peut à la fois être qualifié de restriction de concurrence par son objet et par ses effets (Article 101 TFUE et jurisprudence établie de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »)⁴). A tout le moins, l'APDC considère que devrait être rappelée l'importance de la qualification du comportement concerné, malgré l'existence d'une possibilité de cumul. En effet, la possibilité du cumul d'une restriction de concurrence par objet et par effet ne doit pas autoriser le juge à simplement suggérer, après une analyse factuelle du comportement, que l'une ou l'autre des infractions est remplie. Au contraire, cette éventuelle coexistence doit l'inciter à préciser les raisons pour lesquelles tel comportement doit être considéré comme une restriction par objet et tel autre comme une restriction par effet. Cette suggestion correspond à l'analyse effectuée par l'Avocat Général Bobek au para. 40 de ses conclusions dans l'affaire C-228/18⁵.

Intégration de la référence au « degré suffisant de nocivité » dans la définition de la restriction par objet. L'utilisation de ce critère de « degré suffisant de nocivité » dans la jurisprudence de la CJUE est classique et semble avoir été entérinée par les arrêts *Groupements Bancaires/Commission*⁶, *LTM*⁷, *BIDS*⁸, ainsi que *Allianz Hungária Biztosító e.a.*⁹, et est rappelée au para. 40 des conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire C-228/18. A ce titre, la jurisprudence française considère également qu'une entente anticoncurrentielle par objet est présumée affecter la concurrence « de façon sensible »¹⁰. L'APDC considère qu'il est nécessaire de rappeler dans les Lignes Directrices que la notion de restriction par objet doit être interprétée strictement, et par conséquent, d'éviter un recours trop large à la notion de restriction par objet permettant d'alléger la charge de la preuve pesant sur les autorités de concurrence. La notion de « degré suffisant de nocivité » apparaît ainsi comme suffisamment restrictive pour limiter les cas dans lesquels la Commission est dispensée d'apporter la preuve de l'effet des pratiques.

Intégration d'exemples de restrictions par objet. L'intégration d'exemples tels que les accords sur les prix / répartition de marchés, qui, au regard de l'expérience, peuvent être généralement considérés comme préjudiciables à la concurrence (qui serait comparable à des restrictions *per se*) serait bienvenue. Les jurisprudences récentes pourraient être citées afin de mettre à jour les Lignes Directrices, qui doivent refléter l'état actuel du droit (Ex : CJUE, 4 oct. 2011, n° C-403/08, *Football association Premier League c/ QC Leisure* (clauses instaurant des cloisonnements nationaux) ou CJUE, 11 juillet 2013, n° C-429/11 P, *Gosselin Group NV c/ Commission* (pratiques de fixation de prix).

Intégration de précisions quant au critère du « contexte économique et juridique » dans les cas de restriction par objet ne présentant pas de risque particulièrement grave. Les Lignes

⁴ Voir par exemple, CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *CB/Commission* et CJUE, 9 juillet 2015, C-231/14 P, *InnoLux/Commission*, para. 72.

⁵ CJUE, C-228/18, *Budapest Bank and Others*.

⁶ CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *CB/Commission*, para. 49.

⁷ CJUE, 30 juin 1966, C-56/65, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*, paras. 359 et 360.

⁸ CJUE, 20 novembre 2008, C-209/07, *BIDS*, para. 15.

⁹ CJUE, 14 mars 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, para. 34.

¹⁰ Cass. com., 16 avril 2013, n° 10-14.881, *Expedia Inc.*

Directrices prévoient que : « Pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, il convient de s'attacher (...) au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère », sans précisions supplémentaires. Faut-il considérer que cette analyse du contexte économique et juridique doit être systématique quel que soit le type de restriction par objet, ou doit-on considérer que certaines restrictions par objet comportent un risque intrinsèque d'effet préjudiciable particulièrement grave (voir *supra*), pour lesquels cette analyse ne serait pas nécessaire ? Et dans le cas où une analyse du contexte économique et juridique s'imposerait, ne prend-on pas le risque de pousser l'analyse jusqu'à une analyse des effets de l'accord en question ? L'Avocat Général Wathelet, dans ses conclusions sur l'arrêt Toshiba Corporation, propose de ne procéder à l'analyse du contexte économique et juridique que dans les cas atypiques de restriction par objet, permettant ainsi à « l'autorité chargée d'examiner la restriction alléguée à comprendre la fonction économique et la signification réelle de l'accord », « sans toutefois pousser cette analyse jusqu'à l'étude des effets de l'accord »¹¹. L'APDC considère que les nouvelles Lignes Directrices devraient apporter des précisions à ces questions.

Portée de l'intention des parties. Aux termes du para. 25 des Lignes Directrices, « bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, rien n'interdit à la Commission d'en tenir compte dans son analyse ». Quelle est l'importance de l'intention des parties dans l'appréciation de la restriction par objet ? Le parallèle avec la notion de « mise en danger » en droit pénal (allemand), utilisé par l'avocat général Kokott dans l'arrêt T-mobile¹² est souvent cité et pourrait permettre de préciser ce point : « L'interdiction des « infractions par objet » inscrite à l'article 81, paragraphe 1, CE ressemble ainsi aux délits de mise en danger (« Gefährungsdelikte ») du droit pénal. Quiconque se met au volant d'une voiture après avoir consommé des quantités notables d'alcool ou de drogue s'expose dans la plupart des ordres juridiques à des sanctions pénales ou administratives, et ce peu importe qu'il ait ou non mis quelqu'un en danger dans le trafic routier, voire qu'il ait ou non provoqué un accident. De même, une entreprise recourant à des pratiques concertées ayant un objet anticoncurrentiel enfreint le droit européen de la concurrence et se rend passible de sanctions pécuniaires, peu importe que des opérateurs du marché ou le public en général soient lésés ou non ». L'APDC estime que la notion de « mise en danger du marché » pourrait apporter plus de prévisibilité dans l'appréhension par les entreprises de la notion d'intention : l'intention anticoncurrentielle n'est certes pas un élément déterminant, mais une conscience du danger qu'il est fait courir au marché est nécessaire pour qualifier une restriction par objet.

¹¹ Conclusions de l'avocat général M. Wathelet, présentées le 25 juin 2015, para. 67. CJUE, C-373/14 P, *Toshiba Corporation contre Commission européenne*.

¹² CJCE, C-8/08, 19 février 2009, *T-mobile*, para. 47

3 Observations sur les accords de coopération à l'achat et les accords de commercialisation

La multiplication à un niveau transnational et européen des accords de coopération à l'achat et de commercialisation et les initiatives des autorités nationales sur ce sujet militent grandement pour une adaptation et une mise à jour des Lignes Directrices.

Prise en compte des alliances d'achat. Les nouvelles problématiques juridiques engendrées par le développement des alliances à l'achat nécessitent aujourd'hui que la Commission clarifie plusieurs aspects et adapte les Lignes Directrices pour prendre en compte les évolutions liées aux alliances d'achat. L'APDC suggère ainsi que les alliances d'achat fassent l'objet d'une attention particulière dans les révisions envisagées afin d'offrir davantage de sécurité juridique aux entreprises.

Etablissement d'un « safe harbour ». En ce qui concerne l'analyse du pouvoir de marché des entreprises parties aux accords de coopération à l'achat, aux termes des Lignes Directrices, para. 208, « *Il n'existe pas de seuil absolu au-delà duquel on peut présumer que les parties à un accord d'achat groupé ont un pouvoir de marché tel que l'accord d'achat groupé est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Toutefois, dans la plupart des cas, il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord d'achat groupé détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 %, tant sur le ou les marchés d'achat que sur le ou les marchés de vente. En toute hypothèse, si la part de marché cumulée des parties n'excède pas 15 % tant sur le ou les marchés d'achat que sur le ou les marchés de vente, il est probable que les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, seront remplies* ».

En ce qui concerne les accords de commercialisation entre concurrents, aux termes des Lignes Directrices, para. 240, « *[ils] ne peuvent avoir d'effets restrictifs sur la concurrence que si les parties disposent d'un certain pouvoir de marché. Dans la plupart des cas, il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée inférieure à 15 %. En toute hypothèse, si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée inférieure à 15 %, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies* ».

Contrairement aux exemptions prévues notamment pour les accords de R&D, les Lignes Directrices ne comportent pas d'exemption (i.e. « *safe harbour* ») pour les accords de coopération à l'achat et les accords de commercialisation, mais plutôt une présomption d'absence de pouvoir de marché, ce qui place les entreprises concernées dans une insécurité juridique lors de l'auto-évaluation de leurs accords de coopération à l'achat.

Alors que l'analyse de ce type d'accord est particulièrement complexe notamment en ce qu'elle requiert deux niveaux d'examen (i.e. aux niveaux horizontal et vertical), elle nécessite dès lors un encadrement renforcé, à travers une véritable exemption, afin d'apporter davantage de sécurité juridique aux entreprises s'auto-évaluant.

Révision du seuil exprimé en part de marché. Quant au niveau du seuil de part de marché, ce dernier génère des difficultés pour les entreprises s'auto-évaluant du fait de la tendance de la Commission et des autorités nationales de concurrence à la segmentation très fine des marchés de produit mais aussi géographiques malgré l'europeanisation des flux, notamment en matière de contrôle des concentrations. En effet, cette segmentation très fine du marché a pour conséquence d'exclure quasiment automatiquement certains accords du bénéfice de la présomption d'absence de pouvoir de marché car elle conduit à des parts de marché artificiellement élevées pour une (voire les deux) parties à l'accord qui ne sont pas nécessairement le reflet de la position de la (des)

partie(s), et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une part de marché cumulée dans le cas des accords de coopération à l'achat et des accords de commercialisation.

En outre, il existe des écarts, voire des divergences, au sein de la pratique décisionnelle, soit selon les autorités nationales de concurrence, soit entre la Commission et certaines autorités nationales de concurrence, certaines autorités ayant retenu des définitions de marché très segmentées tandis que d'autres non, qu'il s'agisse des définitions de marché de produits ou géographiques. Il arrive également que les entreprises soient confrontées à de tels écarts entre la pratique décisionnelle des autorités nationales de concurrence en matière de contrôle des concentrations et en matière de pratiques anticoncurrentielles. Là encore, compte tenu des risques encourus, le manque de sécurité juridique conduit les entreprises à adopter des positions très conservatrices en ce qui concerne leurs accords de coopération à l'achat et de commercialisation.

Enfin, en ce qui concerne plus particulièrement les accords de coopération à l'achat, le seuil de part de marché s'appliquant à la fois au niveau du marché de l'achat et du marché de la vente, l'exclusion du bénéfice de la présomption d'absence de pouvoir de marché est d'autant plus fréquente (voir systématique) pour ce type d'accord.

Dans ces conditions, n l'APDC suggère à la Commission de :

- Introduire une exemption (i.e. un « *safe harbour* ») à la place du seuil de part de marché de 15% correspondant à une présomption d'absence de pouvoir de marché afin de garantir davantage de sécurité juridique aux entreprises concernées.
- Augmenter le seuil en part de marché cumulée de 15% à 25% pour les accords de coopération à l'achat (à la fois au niveau du marché de l'achat et du marché de la vente) et les accords de commercialisation, afin de corriger l'effet d'exclusion de l'hyper segmentation des marchés par les autorités de concurrence en Europe. Ce seuil de 25% nous semble d'autant plus pertinent qu'il :
 - est déjà utilisé par la Commission, notamment pour le seuil d'exemption des accords de R&D.
 - demeure inférieur au seuil d'analyse des accords verticaux qui constitue en général la seconde étape d'analyse des accords de coopération à l'achat et de certains accords de commercialisation¹³.
 - serait davantage en ligne avec les seuils de parts de marché du contrôle des concentrations.
- Prendre en compte les activités transfrontalières lors de l'analyse du pouvoir de marché des entreprises concernées.
- Apporter aux entreprises des clarifications en matière de calcul des parts de marché, notamment dans les cas évoqués ci-dessus d'écarts dans les définitions de marché et, de manière générale, de garantir aux entreprises une meilleure cohérence des règles en Europe. Ces clarifications devraient s'inscrire dans le cadre de la réforme annoncée de l'approche de la Commission sur la définition des marchés pertinents.

Prise en compte des ventes en ligne pour le calcul des parts de marché. Au regard de l'essor du numérique, l'APDC invite la Commission à entériner une nouvelle approche du calcul des parts

¹³ Lignes Directrices, paras. 195 et 227.

de marché, l'encourageant à prendre en compte les ventes en ligne dans le calcul des parts de marché pour la détermination du franchissement des seuils.

Selon le rapport *Competition Policy for the digital era* publié par la Commission (ci-après le « **Rapport** »), les outils traditionnels de mesure du pouvoir de marché ne seraient plus adaptés au secteur de l'économie digitale et plus particulièrement en ce qu'ils s'appliquent aux marchés multi-faces.

La part de marché est l'instrument traditionnel de mesure du pouvoir de marché, même s'il n'est pas le seul pris en compte par les autorités de concurrence. Ce sont notamment des seuils de parts de marché qui sont utilisés pour présumer de l'absence ou de l'existence d'une position dominante.

Le Rapport est d'avis que cette méthode n'est plus adaptée aux nouveaux marchés :

« lorsqu'il y a des effets de réseau, les prix ne représentent pas nécessairement la valeur du bien ou du service pour les consommateurs ou les entreprises qui le vendent, de sorte que le pourcentage des ventes n'a guère de sens »¹⁴.

Cette critique concerne en particulier les marchés sur lesquels des *zero-price platforms* sont simultanément actives aux côtés d'opérateurs qui facturent le même type de service aux consommateurs :

« par exemple, dans le cas des plateformes de musique en ligne ; il est clair que la part de marché ne peut prendre en compte uniquement les consommateurs qui payent »¹⁵.

Le Rapport en conclut que *« le concept de part de marché n'est souvent pas un concept utile pour mesurer le pouvoir de marché (bien sûr, les statistiques descriptives telles que les parts de marché des clients ou les téléchargements sont encore utiles, mais elles sont peu concluantes) »¹⁶.*

Le Rapport note également que ces constats sont d'autant plus vrais dans le cas des marchés multi-faces.

Comme rappelé *supra*, seules les parts de marché sont prises en compte par les Lignes Directrices pour déterminer le pouvoir de marché des entreprises concernées. Or, aucune précision n'est apportée quant au traitement des ventes en ligne.

L'APDC s'interroge sur les implications d'un tel changement d'évaluation du pouvoir de marché sur les présomptions de pouvoir de marché prévues par les Lignes Directrices.

La refonte des Règlements d'exemption et des Lignes Directrices pourrait donner l'opportunité à la Commission de se prononcer sur la pleine prise en compte des ventes en lignes dans le calcul des parts de marché.

La Commission pourrait indiquer quels éléments elle entend prendre en compte pour considérer qu'un marché pertinent peut désormais inclure à la fois la vente en ligne et la vente en magasin. L'APDC considère en effet que l'Autorité de la concurrence en France a proposé, certes dans le

¹⁴ Rapport de la Commission, *Competition Policy for the digital era*: « when there are network effects, the prices do not necessarily represent the value of the good or service to the consumers or to the firms which are selling them, so that the percentage of sales does not make much sense », page 48.

¹⁵ Rapport de la Commission, *Competition Policy for the digital era*: "for instance, in the case of music platforms; clearly the share of the market share cannot take into account only the paying consumers", page 49.

¹⁶ Rapport de la Commission, *Competition Policy for the digital era*: "The concept of market share is often not a useful concept to measure market power (of course, descriptive statistics such as shares of customers or downloads are still useful, but they are hardly conclusive", page 49.

contexte particulier du contrôle des concentrations, une approche particulièrement intéressante, dans sa décision Fnac/Darty¹⁷ et surtout dans la très récente décision Picwic/Toy'r'us¹⁸.

Dans ces deux décisions, l'Autorité de la concurrence avait considéré que les caractéristiques de ces marchés justifiaient de prendre directement en compte la pression concurrentielle de la vente en ligne sur les points de vente physiques et d'analyser ces deux canaux comme appartenant à un seul et même marché pertinent. Elle a estimé que la pression concurrentielle de la vente en ligne, qu'il s'agisse de *pure players* ou bien des sites internet des enseignes de distribution classiques, ainsi que la proximité entre ce mode de distribution et celui en magasin physique sont désormais devenues suffisamment importantes pour que le marché pertinent intègre ces deux canaux.

L'APDC est d'avis qu'une telle approche serait cohérente avec la place de plus en plus importante que prennent les acteurs de la distribution en ligne et, par conséquent, la pression concurrentielle qu'ils exercent sur les canaux classiques de distribution.

Si la Commission devait adopter une telle approche, elle devrait préciser les conditions de calcul des parts de marché au niveau du distributeur, en particulier lorsque celui-ci est un *pure player*.

Intégration de précisions quant à l'analyse au fond. Finalement s'agissant de l'analyse développée par la Commission dans les Lignes directrices, il pourrait être utile d'insérer dans les Lignes directrices révisées une analyse plus détaillée des effets tant positifs que négatifs sur la concurrence qu'un accord de coopération à l'achat ou de commercialisation peut avoir en tant que tel. Une telle analyse détaillée pourrait notamment porter sur la structure du marché et son impact sur l'appréciation du risque d'éviction des concurrents (existence ou non de barrières à l'entrée, nombre et puissance des concurrents...).

S'agissant de l'appréciation au regard de l'Article 101, para. 3, du TFUE, il serait utile de procéder à une analyse plus détaillée des gains d'efficacité qu'un accord de coopération à l'achat ou de commercialisation peut entraîner (économies de coûts, gains d'efficacité qualitatifs) et de leur incidence spécifique sur l'appréciation à effectuer.

Enfin, la Commission devrait également fournir des exemples supplémentaires avec différentes hypothèses de travail, ce qui permettrait aux entreprises de mieux évaluer si l'accord d'achat est susceptible de les mettre en danger au regard du droit concurrence.

¹⁷ Autorité de la concurrence, décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

¹⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez

4 Les accords relatifs aux engagements FRAND, aux labels et aux contraintes environnementales

L'APDC considère opportun de réviser les dispositions des Lignes Directrices, sur les thèmes essentiels que sont les engagements FRAND, les labels de qualité et/ou d'origine ainsi que les améliorations des entreprises en matière de respect des contraintes environnementales.

4.1 Les engagements FRAND et les principes applicables à la détermination des conditions FRAND

Dans les Lignes Directrices en vigueur, la Commission prend en considération l'existence d'un engagement préalable, écrit et irrévocable des titulaires de brevets essentiels à la mise en œuvre d'une norme (« **BEN** ») d'octroyer des licences pour ces brevets à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (acronyme de « *fair, reasonable and non-discriminatory terms* – *FRAND* ») parmi les critères à respecter pour qu'elle ne conteste pas un accord de normalisation. En d'autres termes, avec un tel engagement, qui vise à garantir un accès effectif à la technologie normalisée, les organismes de normalisation (« **ON** ») et leurs participants jouissent d'une sphère de sécurité (« *safe harbour* ») au regard de l'Article 101 du TFUE.

Un tel engagement FRAND peut également jouer un rôle très important dans la possibilité pour le titulaire d'un BEN d'obtenir en justice une injonction de cessation et/ou de retrait de produits, ce qui aurait pour conséquence de bloquer l'accès de l'utilisateur sans licence à la technologie normalisée. Si ce sujet est appréhendé en droit de la concurrence sur le fondement de l'Article 102 du TFUE, il n'en demeure pas moins qu'il mériterait d'être intégré dans les lignes directrices à venir à la lumière des enseignements de l'arrêt « *Huawei c/ ZTE* » de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹ qui a posé le cadre d'un processus de négociation équilibré, lequel, s'il était suivi de bonne foi, devrait conduire à un résultat FRAND. En effet, la Cour a en substance jugé qu'un utilisateur ne disposant pas de licence peut opposer, en défense à une action en contrefaçon d'un titulaire de BEN en position dominante tendant à la cessation de l'atteinte au BEN et/ou au rappel des produits pour la fabrication desquels ce BEN a été utilisé, la violation de l'Article 102 du TFUE si le titulaire du BEN n'a pas suivi certaines étapes, en ce compris la formulation d'une offre FRAND. Cependant, la Cour a également établi les démarches que l'utilisateur doit suivre pour pouvoir se prévaloir de ce moyen de défense. L'arrêt « *Huawei c/ ZTE* » semble promouvoir l'octroi de licences pour des BEN à des termes FRAND en favorisant une voie équilibrée de résolution des différends basée sur la négociation de bonne foi qui aboutirait à un accord FRAND.

Si le « *safe harbour* » attaché à l'existence de l'engagement FRAND, pris de façon préalable, irrévocable et par écrit, doit évidemment être maintenu, il conviendrait en revanche que la Commission prenne une position claire sur le périmètre précis des utilisateurs bénéficiaires dudit engagement : est-ce que n'importe quel utilisateur de la technologie normalisée est habilité à se voir octroyer une licence pour un BEN, peu important la place qu'il occupe dans la chaîne de valeur du produit (« *licensing to all* ») ou le titulaire d'un BEN peut procéder à un octroi de licence sélectif en fonction de l'usage final pour lequel le BEN est nécessaire (« *used-based licensing* ») ? De l'avis de l'APDC, le para. 285 des Lignes Directrices, qui semble en l'état conforter le modèle « *licensing to*

¹⁹ CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c/ ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*.

all » mais dont les termes peuvent prêter à interprétation, devrait être clarifié²⁰. Une telle clarification s'avère d'autant plus importante et nécessaire qu'elle est structurante pour le modèle économique de plusieurs industries caractérisées notamment par des évolutions technologiques majeures, telles qu'en particulier les télécommunications et les objets connectés.

Les Lignes Directrices actuelles ne définissent pas ce que sont concrètement les conditions FRAND. En ce qui concerne plus particulièrement le niveau de redevance FRAND, il est défini négativement : présentent un caractère FRAND les redevances qui ne sont pas « *déloyales ou déraisonnables (en d'autres termes, des redevances excessives)* » (para. 287). *L'appréciation du caractère « excessif » consiste à déterminer si ce niveau est raisonnable par rapport à la valeur économique des BEN concernés.* Il existe diverses méthodes permettant d'apprécier cela et les Lignes Directrices en décrivent brièvement les deux principales en se référant par ailleurs à des arrêts de la Cour de justice concernant l'appréciation de prix excessifs sur le fondement de l'article 102 du TFUE.

De l'avis de l'APDC, cette partie des Lignes Directrices devrait être complétée et précisée sur plusieurs points.

En premier lieu, concernant le caractère « excessif » des redevances dont se déduit l'absence de niveau FRAND, les Lignes Directrices gagneraient en clarté en précisant l'articulation de cette notion avec la notion de prix excessif au sens de l'Article 102 du TFUE. Une redevance dont le taux dépasse le taux FRAND matérialise-t-elle nécessairement, en soi, un prix excessif au sens de l'article 102 du TFUE (dans l'hypothèse, bien entendu, où le titulaire du BEN serait en position dominante)²¹ ? Comment cela se concilie-t-il avec le fait qu'il n'existe pas un seul « vrai » taux de redevance FRAND dans une situation donnée mais plutôt une fourchette de taux FRAND²² ? Cette dernière semble s'inférer de la dialectique du test appliqué par la Cour de justice dans l'arrêt « *Huawei c/ ZTE* ». En effet, la Cour ne s'est pas attelée à définir le contenu du FRAND mais a établi un cadre de négociation avec des obligations mutuelles à la charge du titulaire de BEN et du potentiel preneur de licence afin de trouver un équilibre entre les intérêts en présence et promouvoir les accords privés. L'approche de la fourchette de taux FRAND est plus adaptée à l'objectif visant à favoriser un résultat satisfaisant des négociations entre les parties et, in fine, à éviter la détermination des redevances FRAND par des tiers.

En deuxième lieu, même si les parties à un contrat de licence pour des BEN sont les mieux placées pour déterminer les conditions FRAND les plus adaptées à leur situation spécifique, il n'en demeure pas moins qu'eu égard notamment au manque de clarté et aux divergences dans les interprétations concernant les conditions FRAND, un cadre d'analyse clair et détaillé de l'évaluation des conditions

²⁰ Le choix du modèle « *licensing to all* » semble résulter également des décisions de la Commission dans les affaires *Motorola* (n° AT.39985 du 29 avril 2014, para. 294 : « *On the basis of that commitment, manufacturers of GPRS-compliant products can reasonably expect that Motorola makes its SEPs available on FRAND terms and conditions to all implementers* », souligné ajouté), *Motorola Mobility/Google* (n° COMP/M.6381 du 13 février 2012, para. 57 : « *The Horizontal Cooperation Guidelines therefore seek to specifically limit that market power by stating that, in order for a standard-setting agreement to fall outside Article 101(1) TFEU, the SSOs IPR policy should ensure that each entity which contributes technology to a standard must limit their freedom to exercise their "ownership" of a piece of that standard by committing to license the relevant technology to anyone wishing to use the standard on FRAND terms* », soulignement ajouté) et *Nokia/ Alcatel-Lucent* (n° COMP/M.7632 du 24 juillet 2015, para. 218 : « *FRAND commitments essentially oblige SEP holders to make the patent in question available to all interested third parties, not to discriminate between different licensees and to offer a license on fair and reasonable terms. The merged entity is therefore obliged to license its SEPs to any interested party under such FRAND terms and the Transaction will not affect or change the Parties' FRAND commitments in this regard* », soulignements ajoutés).

²¹ La position contraire a été mise en avant par la High Court of England and Wales dans une décision du 5 avril 2017 « *Unwired Planet vs Huawei* » (para. 153), confirmée par une décision du 23 octobre 2018 de la Court of Appeal of England and Wales.

²² Voir en ce sens la décision du 23 octobre 2018 de la Court of Appeal of England and Wales précitée.

FRAND devrait être intégré dans les lignes directrices à venir. La Commission convient elle-même, dans sa Communication au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen « *définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes* » du 29 novembre 2017²³, de la nécessité de clarification et de fixer « *un premier ensemble de balises quant à la notion de conditions FRAND pour pouvoir offrir un environnement plus stable en matière d'octroi de licences, guider les parties dans leurs négociations et limiter les risques de contentieux* »²⁴. Elle énonce d'ailleurs quelques principes à prendre en considération dans l'évaluation des conditions FRAND et invite les parties intéressées à prendre part à des discussions sectorielles en vue de mettre en place des pratiques communes en matière de concession de licences²⁵. Cependant, comme il est précisé dans la Communication, son contenu « *ne lie pas la Commission en ce qui concerne l'application des règles de l'Union en matière de concurrence, et en particulier les articles 101 et 102 [TFUE]* »²⁶.

Dans un souci de sécurité juridique de prévisibilité et stabilité des relations entre les parties prenantes aux accords de normalisation, les lignes directrices à venir devront donc définir de façon claire et détaillée le cadre permettant à ces parties de mettre en place des pratiques communes en matière de concession de licences compatibles avec l'Article 101 du TFUE (au-delà des principes généraux énoncés dans la Communication du 29 novembre 2019).

En sus des conditions de détermination d'une valeur FRAND, les lignes directrices à venir devront également définir les conditions de compatibilité de mécanismes encouragés par la Commission dans la Communication visant à faciliter l'octroi des licences pour des BEN. Il s'agit en particulier de la création de plateformes d'octroi de licences pour des entreprises (« *licensing platforms* ») et du regroupement de brevets (« *patent pools* ») ou de l'exploitation d'indications fournies par les participants à la procédure de normalisation concernant la redevance globale maximale qui pourrait être raisonnablement envisagée ou attendue²⁷.

4.2 Les accords de normalisation sur les labels

Le para. 257 des Lignes Directrices indique que : « [l]es conditions d'accès à un label de qualité particulier ou les conditions d'agrément par un organisme de contrôle peuvent également être considérées comme des normes. Les accords définissant les performances environnementales de produits ou processus de production sont également couverts par le présent chapitre ».

Par ailleurs, le para. 310 des Lignes Directrices, concernant les gains d'efficacité des accords de normalisation au regard de l'Article 101, para. 3, du TFUE, précise que « [l]a diffusion d'une norme peut être améliorée par des labels ou des logos attestant son respect et apportant de la sorte une sécurité aux consommateurs. Les accords en matière de tests et de certification vont au-delà de l'objectif premier de définition de la norme et constitueraient en principe un accord et un marché distincts ».

L'APDC est d'avis que l'ensemble de ces dispositions vise un but unique, à savoir garantir des conditions d'accès et d'agrément à un label de qualité, uniformes pour tous les opérateurs économiques et ce, afin d'éviter les distorsions de concurrence. En effet, l'impératif d'une concurrence non faussée au sein du marché intérieur suppose que les services de certification

²³ COM(2017) 712 final.

²⁴ Page 7.

²⁵ Page 8.

²⁶ Page 3.

²⁷ Pages 8 et 9.

puissent être accessibles librement au-delà des frontières et que les normes édictées empêchent l'instauration de barrières aux échanges transfrontaliers.

Les Lignes Directrices fournissent des exemples relatifs au processus de normalisation sur une base volontaire²⁸, par lequel les acteurs d'un même secteur engagent des discussions afin de mettre en œuvre des labels visant à normaliser la qualité et la forme du produit vendu dans un État membre. Les labels ainsi créés poursuivent un objectif d'intérêt collectif pour l'industrie en cause ou les consommateurs.

La Commission a précisé qu'un tel accord était peu probable de créer des barrières à l'entrée et des effets de verrouillage du marché, dès lors qu'il résultait d'une « *normalisation ouverte* », c'est-à-dire, des discussions menées de manière ouverte et transparente. Les échanges et les normes adoptées sont ainsi accessibles à l'ensemble des acteurs du secteur, par le biais d'une consultation et d'une publication auprès d'un public concerné large.

A contrario, le risque de barrières à l'entrée ou de verrouillage du marché serait plus fort, lorsque la normalisation résulte d'un « *système fermé* », c'est-à-dire lorsqu'elle est établie sans concertation avec l'ensemble des acteurs du secteur et qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication.

L'APDC considère, d'une part, que si les exemples fournis par la Commission sont utiles, celle-ci devrait aller plus loin et préciser clairement les conditions dans lesquelles des accords de normalisation et/ou de labellisation sont réputés exemptés, à savoir lorsqu'ils poursuivent un intérêt collectif, que ce soit pour les acteurs de l'industrie ou les clients finaux et qu'ils font l'objet d'une procédure d'élaboration ouverte.

L'APDC considère que la formulation de règles claires et harmonisées au niveau communautaire permettrait d'offrir aux opérateurs économiques la sécurité juridique indispensable permettant l'élaboration de labels de qualité, d'origine ou environnementaux qui sont réputés bénéfiques pour l'économie ou les consommateurs.

D'autre part, les règles de validité de tels accords de normalisation et de labellisation ne doivent pas couvrir uniquement leur processus d'élaboration et leur mise en œuvre, mais également, les échanges d'informations préalables, quand bien même ceux-ci s'avéraient infructueux, sous peine de décourager les acteurs et de freiner de telles initiatives qui poursuivent un intérêt collectif.

L'APDC invite donc la Commission à étendre le bénéfice de l'exemption de l'Article 101, para. 3 du TFUE, aux échanges d'informations et discussions préalables à l'élaboration d'accords de normalisation et de labellisation « ouverts » entre opérateurs privés.

L'APDC souligne également que, dès lors que ces accords peuvent faire l'objet d'une exemption, seule une approche par les effets devrait permettre la caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle dans la seule hypothèse où les conditions d'un processus d'élaboration « *ouvert* » ne seraient pas respectées. Dans un tel cas, la charge de la preuve du non-respect des conditions de l'exemption prévue à l'Article 101, para. 3, du TFUE, devrait reposer sur l'autorité de concurrence compétente, dès lors que les acteurs d'un secteur industriel auraient mis en place une norme ou un label dans un objectif d'amélioration de la qualité des produits et services au bénéfice de l'industrie ou des clients finaux.

S'agissant plus précisément des labels, l'APDC considère que leur mise en place doit viser à garantir la qualité du produit, sa fabrication ou sa provenance régionale en instaurant une sécurité pour les

²⁸ Voir paras. 331 et 332 des Lignes Directrices.

consommateurs européens. A cet égard, la confiance de ces derniers dans l'élaboration du système de certification est primordiale.

Toutefois, l'APDC constate que de nombreuses études ont récemment souligné une crise de confiance des consommateurs due à la multiplication des labels, ne leur permettant pas de distinguer la fiabilité des informations. En effet, le système actuel ne garantit pas une transmission de l'information optimale entre les institutions et les acheteurs finaux.

Contrairement aux labels « *biologiques* » dont les exigences normatives sont encadrées par les règlements européens pour les produits alimentaires²⁹, de nombreux labels se multiplient pour des produits non-alimentaires, par exemple eco-cert ou Cosmebio ou dans le domaine du développement durable, au travers par exemple, des labels « *produit vert* » et « *produit conso responsable* ». Or, la demande vers ces autres produits certifiés ne cesse de croître, de même que les mentions, appellations et labels au niveau national (par exemple,).

On peut également se référer à une étude de l'Autorité de concurrence néerlandaise qui a invité « [I]es organisations et les entreprises qui délivrent des labels de certification à mettre un terme à cette prolifération³⁰ », tout en préconisant qu'« un cadre devrait être établi pour la création et la gestion des labels de certification. Cela permettrait à ces labels de retrouver leur rôle initial, à savoir offrir aux entreprises la possibilité de se différencier, et offrir aux consommateurs un outil fiable pour prendre des décisions en connaissance de cause »³¹.

La Commission a quant à elle récemment publié un rapport sur ce sujet. Elle arrive à la conclusion qu'une grande partie des consommateurs pensent à tort que les aliments biologiques sont « [p]roduit[ent] dans de petites exploitations et localement, alors qu'aucun de ces critères n'est requis par les règlements³² ». Ainsi, pour remédier au manque de transparence, la Commission a recommandé de « [s]outenir des campagnes d'information et de sensibilisation ciblées qui expliquent le concept commun de l'agriculture biologique, le système de certification, le logo biologique de l'UE et les indications supplémentaires obligatoires »³³.

Le Rapport de la Commission souligne en outre, « [I]es problèmes engendrés par les disparités dans la mise en œuvre des normes par les États membres, ce qui peut avoir des répercussions sur les coûts de production. Ces disparités peuvent être dues au manque de détails dans le règlement de l'UE, aux questions laissées à la discrétion des États membres ou à des problèmes découlant de règles nationales qui s'appliquent également aux producteurs biologiques. Fournir davantage d'orientations sur la définition de certains termes contribuerait à réduire le nombre de différences d'interprétation et de mise en œuvre entre les États membres »³⁴.

L'APDC partage une telle initiative dès lors que la multiplication des appellations et des labels nationaux, notamment sur les produits certifiés « *biologiques* », entraînent une confusion dans l'esprit des consommateurs. L'APDC est d'avis qu'une telle approche serait nécessaire pour contrebalancer la méfiance qu'une partie croissante des consommateurs témoigne envers les labels

²⁹ Voir en ce sens., Règlement CE., n° 834/2007 du Conseil du 28 juin 2007, relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques. Voir également, Règlement CE., n° 889/2008 de la Commission du 5 septembre 2008, portant modalités d'application du Règlement CE n° 834/2007 du Conseil, relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques.

³⁰ Etude préliminaire de l'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM)., « Le rôle et le fonctionnement des labels de certification pour les produits de consommation », 7 janvier 2016.

³¹ *Ibid.*

³² Rapport de la Commission, *Evaluation of the EU legislation on organic farming*, 27 janvier 2014, page 285.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, page 278.

« *biologiques* » et plus généralement pour assurer une meilleure transparence du processus normatif.

L'APDC y voit également un signal positif en faveur d'une harmonisation entre États Membres, afin de satisfaire aux exigences d'une concurrence loyale entre producteurs. De fait, il appartient à la Commission pour les questions qui concernent le droit de la concurrence dans le cadre des présentes Lignes Directrices, d'offrir aux acteurs économiques un cadre clair et précis au niveau communautaire.

Cela étant, la régulation ou la réglementation ne doit pas priver ou freiner les opérateurs économiques dans leurs propres démarches et initiatives. En effet, bien souvent la création de ces labels répond à une demande ou à un besoin des consommateurs que les acteurs économiques sont les plus à même d'appréhender.

Il est dès lors indispensable de laisser aux acteurs économiques la liberté de définir des labels qui, comme indiqué plus haut, sont élaborés de façon ouverte et transparente et répondent à intérêt collectif.

Pour ce qui concerne la politique de la concurrence au sein de l'Union européenne, dans un souci de sécurité juridique et afin de ne pas inutilement freiner l'élaboration et la mise en œuvre d'accords de normalisation et labellisation, l'APDC invite la Commission à préciser au sein des Lignes Directrices :

- que de tels accords entre opérateurs privés sont couverts par l'Article 101, para. 3, du TFUE dès lors qu'ils sont élaborés dans un processus « *ouvert* » et qu'ils poursuivent un intérêt collectif au bénéfice des acteurs de l'industrie ou des clients finaux ;
- que l'exemption s'étend aux échanges d'informations et discussions préalables, quand bien même celles-ci seraient infructueuses ;
- que la validité de tels accords doit en tout état de cause être examinée selon une approche par les effets et que la charge de la preuve du non-respect des conditions de l'article 101, para. 3, repose sur l'autorité de concurrence compétente.

4.3 Les améliorations des entreprises en matière de respect des contraintes environnementales

Lors d'une conférence en octobre 2019 sur le thème des valeurs non-monétaires, la Commissaire Margrethe Vestager a confirmé que la revue actuelle des Règlements d'exemption et des Lignes Directrices pourrait être une opportunité pour expliquer comment les entreprises peuvent mettre en place des accords de développement durable sans retreindre la concurrence.

L'ADPC accueille favorablement cette prise de position qui devrait se traduire dans la nouvelle version du Règlement et des lignes directrices horizontales par des recommandations claires sur ce qu'il est possible de faire ou non entre concurrents à ce sujet. Le droit européen de la concurrence doit en effet être appliqué en cohérence avec les autres lois, principes et objectifs de l'Union européenne et notamment avec les exigences de protection de l'environnement prévues à l'Article 11 du TFUE.

Dans ce contexte, l'APDC estime que cette prise en compte des objectifs environnementaux pourrait notamment intervenir en mettant en place les trois objectifs ci-dessous.

4.3.1 L'introduction dans les Lignes Directrices de la possibilité de considérer la protection de l'environnement comme un gain d'efficience

Cette préoccupation a déjà fait l'objet de décisions, en France comme dans l'Union européenne.

- En France, le Conseil de la concurrence s'est déjà saisi de la question dans un avis n° 06-A-07 du 22 mars 2006 relatif à l'examen, au regard des règles de concurrence, des modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France, le Conseil de la concurrence a reconnu que « *pourraient éventuellement être invoqués les effets potentiels des principes du commerce équitable en matière d'amélioration des conditions « générales » de protection de l'environnement* » (para. 105), mais a également considéré que « *les accords relevant de l'article 81, paragraphe 1, CE, mais qui visent des objectifs de protection de l'environnement, peuvent apporter des avantages économiques qui, soit pour le consommateur individuel soit pour la société dans son ensemble, compensent leurs effets négatifs sur la concurrence* » (para. 107) ;
- Plus récemment, l'Autorité de la concurrence a également souhaité inscrire le développement durable au cœur de son action (voir Feuille de route de l'Autorité de la concurrence). L'Autorité a ainsi indiqué qu'elle porterait la discussion au niveau international dans le cadre du réseau international de concurrence (International Competition Network, ICN), ainsi qu'au niveau européen, dans le cadre des discussions qui doivent intervenir en 2020 sur la révision des règlements européens d'exemption sur les restrictions verticales et sur certaines catégories d'accords de recherche et de développement, ainsi que sur certaines catégories d'accords de spécialisation.
- De même la Commission a déjà eu l'occasion de prendre en compte la protection de l'environnement dans différentes décisions :
 - Dans une décision n° IV/29.955, du 8 décembre 1983, *Carbon Gas Technologie*, la Commission a accordé des exemptions pour des restrictions de concurrence dans le secteur de gazéification du charbon, justifiées par des préoccupations d'indépendance énergétique et de sauvegarde de l'environnement, considérant que « *la gazéification du charbon (...) semble également susceptible de déboucher sur une utilisation du charbon assurant un rendement énergétique meilleur et sauvegardant davantage l'environnement que sa combustion directe dans des centrales électriques* » pour conclure que l'accord contribuait « *dès lors à la promotion du progrès technique et économique* ».
 - Dans la décision n° 2001/837, 17 septembre 2001, DSD, para. 144, la Commission a exempté des accords conclus en Allemagne entre des entreprises de collecte et une société de valorisation d'emballages au motif que ces accords avaient pour objet la mise en application d' « *objectifs environnementaux dans le domaine de la collecte et du tri des emballages de vente* ».
 - Dans la décision n° 7000/837 du 24 janvier 1999, CECED, paras. 55 et suivants, la Commission a considéré que pouvait être pris en compte au titre du progrès économique au sens de l'Article 101, para. 3, du TFUE, la réduction de la consommation énergétique des lave-linges, diminuant la pollution engendrée par la production d'électricité.

- Dans une décision du 21 décembre 1994, Philips-Orsam, la Commission a accordé une exemption en partie sur la base d'objectifs environnementaux à l'entreprise commune entre Philips et Orsam. Les arguments étaient l'élimination des usines obsolètes, et la baisse de la consommation énergétique.
- Dans une décision du 24 Janvier 1999, CECED, la Commission a approuvé un accord pour améliorer l'efficacité énergétique des machines à laver de 20%, sur la base de l'Article 101, para. 3, du TFUE.
- Dans une décision 17 Septembre 2001, DSD, la Commission a exempté des contrats de service contenant des exclusivités aux motifs qu'ils rendaient possible la réalisation de certains objectifs environnementaux.
- Différents rapports de l'OCDE, des avis des autorités nationales de concurrence (par exemple, l'avis de l'Autorité de la concurrence du 13 juillet 2012 sur la gestion des déchets ou encore la publication des priorités de l'Autorité de la concurrence pour 2020, dans laquelle celle-ci précise que le développement durable doit être au cœur de ses priorités, indiquant qu'elle « *s'attachera, notamment, à détecter les pratiques qui restreignent la concurrence entre entreprises et nuisent à la protection de l'environnement* »), ou des autorités de concurrence des pays nordiques (Octobre 2010, *Joint report on the relationships between environmental and competition policy, Nordic competition Authorities*) démontrent que les préoccupations environnementales sont au cœur des projets des autorités de concurrence.
- Enfin, lors des débats de l'assemblée plénière de mai, la Commissaire à la Concurrence Margrethe Vestager déclarait : « *La concurrence ne nous garantit pas seulement des prix bas; elle encourage aussi les entreprises à innover pour préserver l'environnement* ».

L'APDC considère que ces différents éléments démontrent qu'une prise en compte des exigences environnementales dans la politique de concurrence de la Commission européenne, et notamment par le biais des gains d'efficacité, est possible et souhaitable et doit être suivie d'effets.

En effet, la lutte contre le changement climatique et la pollution, la réduction des déchets plastiques ou l'établissement de conditions de travail équitables pour les travailleurs des pays en développement sont des objectifs importants de la politique de l'UE. Les règles de concurrence applicables aux accords horizontaux devraient tenir davantage compte des valeurs non monétaires dont peut bénéficier le consommateur européen et, par conséquent, devraient être prises en considération lors de l'évaluation de la légalité d'un accord.

Le cadre de l'UE pour les accords horizontaux manque actuellement de la clarté nécessaire pour la collaboration de l'industrie dans le domaine de la durabilité. Un traitement particulier des accords entre opérateurs économiques sur le respect de normes environnementales et/ou la mise en place de labels qui portent sur l'origine des produits ou sur d'autres aspects (par exemple produits biologiques, commerce équitable, etc.) devrait être envisagé.

Dans ce contexte, l'APDC note qu'en pratique, les décisions de la Commission et des autorités nationales de concurrence prenant en compte la protection de l'environnement datent des années 2000 et sont rares, et constate parfois même une tendance au refus de prise en compte des objectifs environnementaux par les autorités de concurrence :

- Un rapport OCDE (*Horizontal Agreements in the Environmental Context*, 2010) démontre que lorsque les autorités de concurrence analysent les gains d'efficacité d'une pratique anticoncurrentielle, la plupart des autorités ne peuvent prendre en compte que les bénéfices

économiques directs, comme les gains de productivité, la réduction des coûts, l'effet sur l'innovation ou l'amélioration de la qualité des produits, mais que des considérations non économiques, notamment liées à la protection de l'environnement, n'étaient pas prises en compte : « *When examining an agreement among competitors that pursues environmental policy goals, most competition authorities will apply the generally applicable analytical framework and consider only whether the agreement produces direct economic benefits typically cognisable under their competition laws; they will not consider non-economic benefits related solely to environmental policies in their evaluation* ».

- Les lignes directrices de 2001 comportaient une section « *norme environnementale* » ayant disparu des Lignes Directrices de 2011 sur les accords environnementaux.
- D'une manière générale, on remarque que les considérations liées à la protection de l'environnement sont exclues des décisions et des analyses des gains d'efficacité par la Commission européenne qui cantonne son rôle de régulateur de l'économie à celui de la protection de la concurrence.

A l'inverse, certaines autorités ont intégré les objectifs de protection de l'environnement à leur politique de concurrence ayant donné lieu à des décisions prenant en compte les gains d'efficacité liés à la protection de l'environnement :

- Le 6 mai 2014, le gouvernement néerlandais a publié une série d'instructions à l'Autorité néerlandaise de la concurrence ("**ACM**") concernant l'application de l'équivalent néerlandais de l'article 101, para. 3, du TFUE en ce qui concerne les initiatives de durabilité. Au même moment, l'ACM a publié un document exposant la manière dont l'autorité entend mettre en œuvre ces orientations en pratique. Les deux documents soulèvent les aspects pratiques de l'application de l'Article 101, para. 3, du TFUE et des lois nationales correspondantes, sur les initiatives de durabilité, et en particulier sur l'évaluation des avantages de ces initiatives de durabilité sur les consommateurs.
- La Commission Australienne de la Concurrence et de la Consommation ("**ACCC**") considère qu'un accord peut être exempté selon les règles du droit de la concurrence lorsque les avantages procurés aux intérêts publics dépassent ses inconvénients. Cette règle lui a par exemple permis d'exempter un accord industriel imposant une taxe sur les gaz à effet de serre au motif que cet accord était susceptible d'aider l'Australie dans ses efforts pour se conformer à ses engagements internationaux en matière de gaz à effet de serre.

L'APDC considère ainsi que l'objectif de construire une politique dans laquelle un équilibre entre la nécessaire protection de la concurrence et la réalisation d'objectifs environnementaux, équilibre qui semble déjà avoir été trouvé en matière d'Aides d'Etat, peut ainsi être réalisé en matière d'accords horizontaux par le biais des gains d'efficacité :

- en y intégrant la possibilité d'analyser les gains d'efficacité non économiques d'un accord horizontal ; ou
- en y intégrant une notion plus générale de « bien-être au consommateur » qui permettrait de prendre en compte la protection de l'environnement ;

afin que cette analyse devienne systématique dans le cadre de l'application de l'Article 101, para. 3, du TFUE.

4.3.2 L'introduction d'un refus d'exemption ou d'un facteur aggravant lorsque les ententes horizontales ont pour objet ou pour effets de nuire à la protection de

l'environnement ou aux objectifs poursuivis par le droit dérivé en matière d'environnement

A l'inverse, compte tenu des enjeux globaux et des engagements internationaux souscrits par l'Union européenne ou ses États membres en matière d'environnement, l'APDC considère qu'il est envisageable qu'une pratique d'entente horizontale puisse perdre le bénéfice de l'exemption s'il s'avérait qu'elle a pour objet ou pour effet de nuire à la protection de l'environnement ou aux objectifs poursuivis par le droit dérivé en matière d'environnement.

L'Article 11 du TFUE prévoit en effet que les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées notamment dans la mise en œuvre des politiques de l'Union, en ce compris la politique de concurrence, nécessaire au fonctionnement du marché intérieur (art. 3 du TFUE).

Déjà, en 1993, le commissaire Karel Van Miert considérait que la politique de concurrence s'oppose aux pratiques qui entraînent « *une réduction de la concurrence disproportionnée par rapport à l'objectif environnemental poursuivi* »³⁵.

En ce sens également, l'APDC est d'avis que l'atteinte portée à l'environnement par une pratique d'entente horizontale pourrait constituer un facteur de gravité de la pratique en question, dont la Commission tiendrait compte dans le calcul de l'amende³⁶.

4.3.3 L'intégration de précisions sur l'ambivalence des éco-organismes en tant qu'ententes ou de leur participation à d'autres ententes (voir également DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems)

La pratique décisionnelle permet d'identifier deux séries de difficultés soulevées par les éco-organismes, qui tiennent, d'une part, aux relations entre leurs membres et, d'autre part, à leur caractère fermé ou ouvert, selon les cas.

En premier lieu, il apparaît que l'éco-organisme ne doit pas être l'instrument d'une entente entre producteurs de déchets :

- En Allemagne, le *Bundeskartellamt* a condamné en mai 2007 des fabricants de verre qui avait créé une société commune, qui avait pour objectif de récupérer les verres usagés.
- Compte tenu des modalités, notamment de la fixation d'un prix unique pour les fabricants de verre qui rachetaient le verre recyclé, et de la position de la société sur le marché, la création de la société a été qualifiée de décision d'association d'entreprises et analysée comme un cartel d'achat pour empêcher le développement d'un marché libre. Le *Bundeskartellamt* a également refusé le bénéfice de l'application de l'Article 101, para. 3 du TFUE et de la disposition équivalente en droit allemand.
- L'affaire COMIECO, en Italie, illustre également les problèmes soulevés par la participation de certains fabricants de papier au conseil d'administration de l'organisme, qui leur permettait d'avoir toutes les informations sur la production et les capacités des autres membres.

³⁵ Discours prononcé par le commissaire européen Karel Van Miert, chargé de la politique de concurrence, le 7 juin 1993, devant l'Association des anciens élèves de l'Institut d'études européennes de l'ULB.

³⁶ Lignes directrices de 2006 sur le calcul des amendes, paras. 20 et 22.

En second lieu, l'éco-organisme ne doit pas devenir un instrument de verrouillage du marché. L'APDC est alors d'avis qu'il en résulte deux caractéristiques que doivent présenter les éco-organismes :

- D'une part, en l'absence de monopole légal, l'éco-organisme ne doit pas empêcher le développement de systèmes alternatifs.

Telle était la position de l'AGCM, en Italie, lors du nouvel examen du consortium COBAT pour le recyclage des batteries, dont le statut avait été modifié en 2006. Alors que la structure trouvait son origine dans une loi, l'autorité italienne a finalement estimé, en 2009, que deux séries d'accords sur lesquels reposait l'organisme étaient anticoncurrentiels. En effet, toutes les sociétés de récupération des batteries étaient obligées de les transférer au COBAT et les batteries récupérées étaient alors vendues aux fondeurs sur la base de quotas. Le dispositif contractuel permettait ainsi de maintenir un monopole de fait, bien que le COBAT ait perdu son monopole légal en 2006. L'AGCM a estimé que la mission d'intérêt général confiée à l'organisme ne suffisait pas à justifier ces atteintes à la concurrence, jugées disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

- D'autre part, le caractère « ouvert » du système apparaît fondamental. L'adhésion à l'éco-organisme doit ainsi reposer sur une procédure d'adhésion transparente, objective et non discriminatoire.

L'APDC suggère qu'à l'occasion de la révision de ses Lignes Directrices, la Commission intègre des précisions sur les conditions de mise en place d'éco-organismes par des entreprises concurrentes. Ces précisions devraient rappeler l'utilité de tels organismes compte tenu de l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement qu'ils poursuivent généralement et qui peut justifier certaines restrictions à la concurrence entre les entreprises d'un même secteur. Elles devraient également souligner la nécessité qu'une telle démarche ne conduise pas à verrouiller le ou les marchés concernés, soit parce que l'existence de systèmes alternatifs est susceptible de constituer un facteur d'émulation et d'innovation, soit parce que l'adhésion à l'éco-organisme en question constitue une condition de l'accès au marché pour les opérateurs.