

Paris, le 1^{er} décembre 2020

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Réponse des autorités françaises dans le cadre de l'appel à contributions lancé par la Commission européenne : « La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe ».

En réponse à l'appel à contributions lancé par la Commission européenne le 13 octobre 2020, celle-ci trouvera, ci-joint, les propositions des autorités françaises afin d'améliorer la contribution de la politique de concurrence au Pacte vert.

Le 13 octobre 2020, la Commission a publié un appel à contributions invitant les Etats membres à s'interroger sur les leviers de la politique de la concurrence pour atteindre les objectifs affichés par le Pacte vert. Cet appel à contributions fait à la suite du discours de Margrethe Vestager, vice-présidente exécutive de la Commission européenne, intitulé « *The Green Deal and competition policy* » au cours duquel elle a clairement réaffirmé l'ambition de l'Union européenne de devenir le premier continent neutre en carbone à horizon 2050 et son souhait de voir la politique de la concurrence œuvrer en ce sens, à titre subsidiaire, et en complément des autres politiques et instruments de régulation.

De façon générale, la politique de la concurrence, en veillant au bon fonctionnement du marché intérieur, contribue à une allocation efficiente des ressources. Toutefois, pour atteindre cette transition écologique, il pourrait être nécessaire d'adopter des mesures législatives spécifiques et d'adapter et mieux exploiter certains leviers de la politique de la concurrence, en particulier en matière d'aides d'Etat.

Partie 1. Contrôle des aides d'État

Les règles européennes en matière d'aides d'Etat, dont les Lignes directrices concernant les aides à la protection de l'environnement et à l'énergie (ci-après « LDAEE ») et le Règlement n°651/2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (ci-après « RGEC »), ont instauré un cadre favorable à la réalisation de la Stratégie Europe 2020, qui visait à créer les conditions d'une croissance intelligente, durable et inclusive, et des objectifs fixés par les Accords de Paris. Grâce aux possibilités ouvertes par le RGEC et les LDAEE, les Etats membres ont pu mettre en place des mesures efficaces en matière de protection de

l'environnement et du climat, lesdites mesures ayant constitué le premier poste de dépenses en matière d'aides d'Etat dans l'Union européenne pendant l'année 2018¹.

Aujourd'hui, alors que la Commission européenne a adopté le « Pacte Vert pour l'Europe » et a proposé de rehausser la lutte contre le dérèglement climatique avec un objectif de réduction des émissions de gaz à effets de serre à hauteur de 55 % d'ici à 2030, les autorités françaises saisissent l'occasion qui leur est donnée *via* cet appel à contributions pour transmettre les premières pistes de réflexion qui leur semblent pertinentes afin d'adapter davantage les règles en matière d'aides d'Etat aux objectifs du Pacte vert. Ces pistes seront complétées et approfondies par la contribution que la France apportera dans le cadre de la consultation ouverte le 12 novembre 2020 en vue de la révision des Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie.

A titre préliminaire, les autorités françaises appellent l'attention de la Commission sur l'intérêt d'une cohérence entre l'ensemble des textes communautaires ayant trait à l'environnement et l'énergie (textes relatifs aux aides d'Etat et toute autre directive ou règlement), afin de limiter l'insécurité juridique.

1. Quels sont les principaux changements que vous souhaiteriez voir apporter dans les règles actuellement en vigueur sur les aides d'Etat afin de veiller à ce qu'elles soutiennent pleinement le pacte vert ?

Les autorités françaises estiment que leur note du 21 septembre intitulée « Révision des aides d'Etat en cohérence avec le Green deal » constitue une base de travail intéressante pour la mise en place d'un cadre juridique des aides d'Etat plus conforme avec les objectifs portés par le Green deal de la Commission.

Les autorités françaises proposent toutefois dans la présente note une position articulée en deux points :

a) Afin d'obtenir une politique de concurrence qui permette d'atteindre les objectifs du Pacte vert, les autorités françaises estiment qu'il est nécessaire de repenser certains grands principes méthodologiques guidant la politique européenne en matière d'aides d'Etat à l'environnement et à l'énergie.

L'évolution des marchés de l'énergie, et leur insertion dans un cadre européen mais aussi international, devraient être prises en compte par les nouvelles règles en matière d'aides d'Etat.

• Entamer une réflexion sur la méthodologie actuelle de calcul des coûts admissibles et sur les intensités d'aide.

Une aide à l'environnement ou à l'énergie est considérée comme proportionnée si son montant par bénéficiaire se limite au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif fixé : elle doit ainsi se limiter aux « coûts d'investissements supplémentaires nécessaires ». L'élaboration d'une analyse contrefactuelle pour déterminer ces coûts peut être difficile et donc source d'insécurité juridique pour les bénéficiaires, lorsqu'un scénario de référence n'est pas clairement identifiable : une réflexion pourrait examiner s'il existe une meilleure prise en compte des situations dans lesquelles le scénario de référence n'est pas identifiable par rapport à la méthode actuelle (point 85 de la section 3.2.5.3 des LDAEE².)

¹Comm.eur., 24 janvier 2019, Aides d'Etat: le tableau de bord 2018 montre que plus de 96 % des aides ont pu être mises en œuvre rapidement, sans notification préalable de la Commission

² Si aucun projet spécifique de rechange ne peut être qualifié de scénario contrefactuel, la Commission vérifiera si le montant de l'aide excède le minimum nécessaire pour rendre le projet bénéficiaire de l'aide suffisamment rentable en cherchant, par exemple, à établir s'il augmente son TRI au-delà des taux normaux de rentabilité appliqués par l'entreprise concernée dans d'autres projets d'investissement de nature

Par ailleurs, une évolution des règles de cumul d'aides à la R&D et à l'environnement pourrait permettre de mieux soutenir des projets réalisant un double objectif en matière d'innovation et d'environnement. En effet, à l'heure actuelle, le cumul des aides est possible mais le montant d'aide ne doit pas dépasser les plafonds d'aides prévus par les LDAEE tandis que la majoration du niveau d'intensité de l'aide³ en cas d'innovation écologique n'est que de 10 % (point 78 c), section 3.2.5.1 des LDAEE).

Par ailleurs, les intensités d'aides sont dans certains cas limitées à 50 % pour les grandes entreprises alors que l'investissement dans certaines technologies vertes innovantes ou dans des projets de démonstration peut nécessiter un effort soutenu.

De façon générale, il y aurait lieu d'évaluer si les intensités d'aides et les assiettes de coûts éligibles actuels répondent encore de manière efficiente aux objectifs du Pacte vert. Il est en effet important de pouvoir soutenir les projets industriels dans les domaines clés de la transition verte et ainsi faire en sorte que l'industrie européenne soit bien positionnée sur des projets comme le navire du futur pour permettre la décarbonation du transport maritime.

- **Garantir l'intégrité des efforts de réduction des émissions de l'UE dans un contexte international.**

Dans un contexte international au sein duquel tous les Etats tiers ne mènent pas des politiques climatiques et environnementales aussi ambitieuses que l'Union européenne, les autorités françaises estiment que la politique européenne en matière d'aides d'Etat ne peut plus continuer à s'exercer dans un cadre de référence uniquement interne, et qu'il est nécessaire de garantir l'intégrité des efforts de réduction des émissions de gaz à effet de serre entrepris par l'Union européenne par le biais d'instruments cohérents avec cette ambition. L'ambition européenne de réduction des émissions, à laquelle participerait une révision des règles relatives aux aides d'Etat ne pourra ainsi être réalisée que dans le cadre d'un renforcement des outils de lutte contre les fuites de carbone *via* la mise en place d'un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (MACF) de l'UE compatible avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce. Avec pour objectif la substitution à l'allocation de quotas à titre gratuit du marché carbone européen (EU ETS) pour les secteurs concernés, le MACF permettrait ainsi de lutter plus efficacement contre les fuites de carbone tout en contribuant à limiter l'empreinte carbone de l'Union européenne.

- **A titre subsidiaire, prévoir l'utilisation des Fonds du Mécanisme pour une Transition Juste.**

Pour accompagner la transition des mix énergétiques, les autorités françaises estiment que les Fonds du Mécanisme pour une transition Juste pourraient être mobilisés. Cette utilisation des Fonds pourrait être assortie de conditions assouplies en matière de règles de cumul avec d'autres types d'aides d'Etat, ce qui permettrait d'une part de renforcer le caractère incitatif desdites aides, et d'autre part d'assurer l'utilisation rapide, ciblée et pertinente des Fonds de Transition Juste. Cet assouplissement des règles de cumul pourrait être, en particulier, justifié pour des projets environnementaux répondant à des objectifs de cohésion sociale ou territoriale en zone d'aide à finalité régionale et en zone de transition juste (si ces deux zonages ne se recoupent pas ou se recoupent en partie seulement). Il pourrait être également à l'œuvre dans le cadre de projets environnementaux mobilisant une part de recherche, de développement et d'innovation (y compris innovation de produits et service, en plus des innovations d'organisation et de procédé) ainsi que dans le cadre des aides en faveur de l'investissement des PME et de l'accès au financement des entreprises, dont notamment les PME.

similaire. Lorsque ce taux de référence n'est pas disponible, le coût du capital de l'entreprise dans son ensemble ou les taux de rendement généralement observés dans le secteur concerné peuvent être utilisés à cette fin.

³ Intensité de l'aide : montant brut de l'aide exprimé en pourcentage des coûts admissibles

b) Les règles en matière d'aides d'Etat devraient offrir un cadre incitatif pour faire progresser la décarbonation des activités économiques.

Bien que l'appel à contributions n'évoque pas directement la décarbonation des activités économiques, les autorités françaises estiment que les objectifs du Pacte vert ne pourront être accomplis que si une décarbonation de l'économie intervient, par deux moyens : une décarbonation des vecteurs énergétiques et une décarbonation en profondeur des activités industrielles. Or, les textes actuels, dont le RGEC et les LDAEE, n'offrent pas un cadre d'analyse adéquat et suffisant pour accompagner pleinement la décarbonation des activités économiques européennes. D'une part, le champ d'application de ces instruments trouve ses limites au regard de l'évolution des marchés et des solutions techniques concernées. D'autre part, il ne reflète pas nécessairement la réalité et la variété des mix énergétiques nationaux.

- **Introduire une plus grande neutralité quant aux choix de composition des mix énergétiques.**

Conformément à l'article 194.2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, les Etats membres sont libres de déterminer la composition de leurs mix énergétiques. Toutefois, le RGEC et les LDAEE offrent un champ d'application encore trop limité en ce qui concerne les types d'énergie admises, ce qui n'assure pas un *level playing field* satisfaisant dans un contexte où les Etats membres ont des mix énergétiques très diversifiés mobilisant des énergies pas nécessairement renouvelables mais peu émettrices en carbone (dont notamment l'hydrogène bas carbone), non prises en charge par ces instruments et qui contribuent aux objectifs du Pacte vert. Il est en effet important de pouvoir soutenir les projets industriels dans les domaines clés de la transition verte et ainsi faire en sorte que l'industrie européenne soit bien positionnée sur des projets comme le navire du futur pour permettre la décarbonation du transport maritime.

- **Soutenir davantage la décarbonation des activités économiques.**

La transition vers la production et la consommation d'énergies bas-carbone ne pourra être accomplie que si les règles européennes offrent un cadre d'action et d'analyse adéquat aux Etats membres. C'est pourquoi les autorités françaises estiment que les LDAEE et le RGEC devraient introduire une définition et une classification des énergies bas-carbone, et éventuellement introduire des règles ou catégories spécifiquement dédiées aux énergies bas-carbone. A titre d'exemple, le RGEC ne prévoit pas de définition et d'exemption claire pour la production de l'hydrogène à partir de sources renouvelables. De façon générale, il existe un besoin de classification, de clarification et de lisibilité des règles applicables afin de faciliter l'application des règles pertinentes par les Etats membres. Les règles permettant de rendre les carburants alternatifs plus compétitifs doivent notamment être précisées et assouplies (en lien avec la révision de la directive 2003/96 sur la taxation de l'énergie).

Pour mieux accompagner la décarbonation industrielle, des règles dédiées pourraient favoriser davantage les efforts des industriels qui basculent vers des productions de biens décarbonés, qui s'approvisionnent et/ou produisent leur énergie renouvelable ou bas-carbone pour l'utiliser dans leurs procédés industriels. Pour permettre à tous les secteurs de contribuer aux objectifs du Pacte vert, sans pénaliser les niveaux de production, il pourrait être envisagé d'adopter de nouveaux dispositifs d'aide en utilisant par exemple un référentiel mesurant le volume d'émissions de CO₂ par unité de production. Cette unité permettrait en effet de tenir compte des hausses d'émissions liées à un surcroît d'activité, ou au contraire de baisses « factices » d'émissions liées à une moindre activité.

- **Soutenir davantage les activités de stockage d'énergie et les infrastructures énergétiques.**

Le développement des énergies renouvelables a mis en lumière les besoins croissants en matière de stockage d'énergie, et l'importance des infrastructures énergétiques pour assurer la sécurité d'approvisionnement à l'avenir. Pourtant, le RGEC et les LDAEE ne prennent pas suffisamment en charge cette problématique. Alors que le RGEC limite l'octroi d'aides aux infrastructures énergétiques situées dans des régions assistées et écarte les infrastructures de stockage, les LDAEE présument que

les aides aux infrastructures énergétiques sont compatibles dans les régions assistées. Cette politique restrictive en matière d'aides d'Etat pourrait ne pas coïncider avec les besoins futurs en matière d'infrastructures, qu'il s'agisse de transport, de distribution, ou de stockage. En outre, il existe un besoin de définition accru des installations de stockage. A cet égard, les installations de stockage d'hydroélectricité pourraient être évoquées.

Enfin, dans la continuité du rapport final de l'enquête sectorielle réalisée par la Commission sur les mécanismes de capacité et du dialogue initié sur cet enjeu entre la Commission et les Etats membres, les règles applicables aux aides en faveur de l'adéquation des capacités de production (Section 3.9 des LDAEE) pourraient être clarifiées et détaillées afin de garantir une plus grande sécurité juridique.

- **Préciser les conditions de compatibilité des PIIEC avec le marché intérieur en lien avec le Pacte vert.**

Face aux besoins de développement de solutions techniques innovantes, il pourrait être envisagé de promouvoir des projets où de la décarbonation interviendrait sur tout ou partie d'une chaîne de valeur, par exemple par le biais de PIIEC dont les conditions de compatibilité avec le marché intérieur au regard des objectifs du Pacte vert pourraient être précisées dans les Lignes directrices destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun.

2. **Si vous estimez que des niveaux d'aide d'Etat moins élevés ou moins de mesures d'aide d'Etat devraient être approuvés pour des activités ayant une incidence négative sur l'environnement, quelles sont vos idées pour ce faire?**
3. **Si vous estimez qu'il y a lieu d'autoriser davantage d'aides d'Etat pour soutenir les objectifs environnementaux, quelles sont vos idées sur la manière de procéder?**

Un « malus » écologique viserait notamment à prendre en compte dans l'équation, de façon plus importante, des considérations autres que le prix. Le même raisonnement serait donc appliqué, en sens inverse, pour l'établissement d'un « bonus » écologique. Le but serait notamment de pénaliser, ou récompenser, certains projets plus ou moins favorables à la lutte contre le dérèglement climatique.

A ce stade des réflexions engagées par les instances communautaires, les autorités françaises souhaitent surtout faire part d'éléments d'analyse, qu'il est nécessaire de garder à l'esprit ; les réflexions, très préliminaires, devront ainsi être étoffées avant toute révision réglementaire. Une étude d'impact par la Commission sur ces enjeux de « bonus » ou « malus » permettrait notamment de mieux objectiver le débat.

Tout d'abord, l'attribution d'un « malus » ou d'un « bonus » vert doit prendre en compte l'interrogation suivante : le bonus/malus serait-il relatif (récompense d'un bénéficiaire plus vertueux par rapport à la moyenne des concurrents européens ou extra-européens d'un même secteur) ou serait-il déterminé de manière absolue (par rapport à un seuil fixé par un texte européen) ? Les conséquences de chaque option sur le tissu industriel européen, notamment en termes d'emploi et de compétitivité, doivent être analysées très attentivement avant de décider la mise en œuvre de l'une ou l'autre alternative.

Ensuite, l'introduction d'un bonus ou d'un malus pourrait avoir un impact sur l'élaboration de certains cahiers des charges d'appels d'offres, notamment dans le secteur des énergies renouvelables. Il pourrait notamment avoir des implications différentes selon qu'il est intégré dès les critères de sélection (recevabilité des offres) ou dans les critères de notation pour classer les candidats.

Une discussion approfondie sur ces sujets est nécessaire.

À supposer les problématiques susmentionnées proprement analysées et prises en compte, les autorités françaises signalent qu'elles ont découvert de nombreux points sur lesquels les règles pouvaient être améliorées pour rendre plus faciles l'octroi des aides dans les domaines prioritaires du

Pacte vert. Prendre en compte ces demandes reviendrait à accorder une forme de bonus vert. Par exemple, il avait été identifié que pour favoriser le report modal, il serait utile de prévoir explicitement la possibilité de financer du matériel roulant pour le fret ferroviaire (y compris pour les aides régionales) et de rehausser les seuils de présomption de nécessité et de proportionnalité de l'aide pour les aides à la réduction des coûts externes à 60 % des coûts de transports et 100 % des coûts éligibles.

Par ailleurs et en guise de bonus vert, il pourrait être envisagé d'assouplir les aides aux restructurations (bonus à la baisse sur le niveau de contribution privée de 40-50% requis en général) dans le cas où l'industrie (ex. haut fourneau ou opérateur de transport en difficulté) améliore son processus de production sur le plan environnemental grâce à l'aide.

De façon générale, l'ensemble de ces évolutions devront toutefois intervenir dans des conditions assurant qu'elles permettent bien d'atteindre des objectifs environnementaux ambitieux et il faudra prévoir des méthodologies rigoureuses d'évaluation des bénéfices retirés.

En outre, l'effet de ces bonus sur les secteurs concernés devra être étudié finement afin de se prémunir des éventuels déséquilibres de compétitivité entre Etats membres induits par ces mesures.

4. Comment définir les avantages environnementaux positifs ?

a. Devrait-on se référer à la taxinomie de l'UE3 et, dans l'affirmative, devrait-on se référer à tous les critères de durabilité de la taxinomie de l'UE ? Ou tout avantage environnemental, quel qu'il soit, serait-il suffisant?

Les autorités françaises sont, de façon générale, favorables aux procédés de clarification et de définition qui ont présidé à l'adoption de la taxinomie de l'UE3. Cet exercice de clarification était particulièrement nécessaire dans la mesure où la notion « d'avantage environnemental » n'était pas définie et objectivée. L'application de cette taxinomie dans l'application du droit des aides à l'environnement et à l'énergie pourrait se révéler d'une grande utilité afin de renforcer le *level playing field*. Néanmoins, les autorités françaises rappellent que la taxinomie n'a pas été conçue pour une application dans le domaine des aides d'Etat mais bien en prenant en compte les contraintes spécifiques du marché de la finance durable, et estiment que cette taxinomie ne devrait être exportée telle quelle dans le domaine des aides d'Etat que si elle permet d'obtenir une objectivation pertinente des avantages environnementaux et conforme aux objectifs d'intérêt communs rattachés aux aides environnementales. Une réflexion approfondie des avantages et inconvénients d'une référence à la taxinomie devrait donc intervenir une fois l'ensemble des actes délégués de la taxinomie, couvrant la totalité des activités économiques, publiés et entrés en vigueur.

Partie 2. Pratiques anticoncurrentielles et concentrations

1. Remarques préliminaires

Les remarques ci-après concernent tant le domaine des pratiques anticoncurrentielles (antitrust), c'est-à-dire le droit des ententes et des abus de position dominante, que celui du contrôle des concentrations.

Les interactions entre l'application du droit de la concurrence et la question du développement durable ont d'ores et déjà fait l'objet d'importants travaux, notamment dans le cadre de l'OCDE⁴, ainsi que, au plan européen, dans le cadre du *réseau européen de la concurrence* (au sein duquel de nouveaux travaux sont prévus).

Les travaux effectués ont permis de mettre en évidence, au plan mondial comme en Europe, l'existence d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence significatives témoignant de la prise en compte des enjeux environnementaux dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence, mais aussi d'une marge de progrès dans ce domaine.

A titre liminaire, les autorités françaises considèrent que la prise en compte des objectifs en matière environnementale pourrait être intégrée par les autorités de concurrence, dans la lignée de ce qu'un certain nombre d'autorités nationales de la concurrence ont mis en place ces dernières années. A ce titre, l'Autorité française de concurrence a par exemple inscrit au sein de ses priorités pour l'année 2020 la prise en compte des exigences de développement durable et notamment de l'impératif écologique. Elle s'est en outre attachée à cibler les infractions au droit de la concurrence qui mettent par ailleurs en cause la protection de l'environnement.

Les autorités de concurrence pourraient être encouragées à poursuivre et à approfondir leurs efforts d'information et de pédagogie à l'égard des acteurs de marché, notamment par le biais de la publication de guides, d'orientations ou encore de lignes directrices permettant de rappeler que la politique de la concurrence participe à la réalisation des objectifs environnementaux de l'UE.

Les autorités françaises rappellent que la prise en compte de certains enjeux environnementaux peut être pertinente au stade de la définition du marché pertinent et soutiennent les évolutions de la pratique de la Commission en ce sens. En effet, sur certains marchés, les caractéristiques d'un produit ou son impact environnemental sont susceptibles d'être considérés par les consommateurs comme des facteurs importants voire déterminants dans leurs choix⁵.

Par ailleurs, dans le cadre de l'analyse du bien-être du consommateur (notion de « *consumer welfare* »), des réflexions et des travaux pourraient être poursuivis afin d'étudier la possibilité d'intégrer, dans une certaine mesure, les « externalités environnementales »⁶, que celles-ci soient positives (telles que la mise au point d'une énergie verte moins polluante) ou négatives (telles que le coût engendré par la pollution). Cette question rejoint celle, plus générale, de la prise en considération

⁴ OECD (2020), *Sustainability and Competition Law and Policy, Background Note*, OECD Competition Committee, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2020\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En)

⁵ Dans le cadre du contrôle des concentrations, la Commission européenne a déjà pu considérer que des éléments « environnementaux » pouvaient être pris en compte dans le cadre de son évaluation de la substitution du côté de la demande. Dans sa décision M.9076. Aleris / Novelis du 1^{er} octobre 2019, sur le marché de la production d'aluminium, les questions environnementales constituaient notamment un élément important de la définition du marché pertinent.

⁶ Maurits Dolmans, « Sustainable Competition Policy », *Competition Law and Policy Debate CLPD*, Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020

des considérations environnementales dans la grille d'analyse à partir de laquelle est appliqué le droit de la concurrence (cf. infra).

Les autorités françaises appellent donc de leurs vœux la poursuite de travaux au sein de la Commission et dans le cadre du REC au sujet de cette problématique, sur la base notamment des remarques ci-après.

2. Ententes

2.1. L'appréciation de l'impact environnemental positif des coopérations entre entreprises

L'enjeu de cette question est à la fois de garantir une bonne prise en compte de l'impact environnemental positif que peuvent avoir certaines coopérations (éviter les « faux négatifs »), mais aussi d'écarter, lorsque cela est justifié, les allégations de type éco-blanchiment (*green washing*) qui peuvent être mises en avant pour justifier indûment des pratiques préjudiciables au bon fonctionnement du marché (éviter les « faux positifs »).

L'un des objectifs de la politique de la concurrence est de stimuler l'innovation afin, notamment, d'améliorer la qualité des produits et services et diversifier l'offre proposée aux consommateurs. En particulier pour certains accords horizontaux, elle permet déjà aux entreprises de mettre en commun leurs ressources pour innover, aller au-delà des normes ou encore s'entendre sur des standards plus exigeants sur le plan environnemental.

Selon les termes de l'article 101-3 du TFUE, pour bénéficier d'une exemption un accord doit « *contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». A la lecture des lignes directrices, pour bénéficier d'une exemption, un accord doit entraîner des « *gains d'efficacité* » qui « *doivent être répercutés de manière suffisante sur les consommateurs* », de sorte que les effets restrictifs sur la concurrence soient compensés.

Les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale ne donnent qu'un seul exemple d'accord horizontal dans lequel des considérations environnementales interviennent. Elles précisent ainsi, au paragraphe 329, que le retrait du marché coordonné de produits au bénéfice d'une nouvelle gamme de produits plus performants sur le plan environnemental pourrait bénéficier au consommateur si ces produits sont également plus économes en énergie, et à ce titre être autorisé⁷. Il convient de relever que ces lignes directrices sont actuellement en cours de révision et que, dans ce cadre, l'opportunité d'intégrer d'autres exemples de considérations environnementales pourrait être discutée.

A cet égard, il pourrait également être utile que les travaux qui sont envisagés dans le cadre du REC au sujet des interactions entre le droit de la concurrence et le développement durable aient pour ambition de développer plus avant la doctrine d'application du droit européen de la concurrence en ce qui concerne l'intégration des considérations environnementales dans la grille d'analyse des accords horizontaux, ou le cas échéant verticaux.

L'éventualité de l'octroi de lettres de confort, envisagée par la vice-présidente exécutive de la Commission européenne Margrethe Vestager dans son discours du 22 septembre 2020 intitulé : *The Green Deal and competition policy*⁸, serait également de nature à contribuer à cet effort de clarification, que les autorités françaises appellent de leurs vœux.

⁷ Il convient de relever que ces lignes directrices sont actuellement en cours de révision.

⁸ https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en

Par ailleurs, les travaux de l'OCDE⁹ ont apporté une contribution utile en ce qui concerne l'intégration des considérations environnementales dans la grille d'analyse du droit de la concurrence, notamment au travers des notions de « qualité » (des produits), de bénéfices futurs (cf. référence au cas Akutan Catcher Vessel Association (ACVA) – DOJ, Antitrust Division, 29 février 2000), de bénéfices immédiats ou futurs sur d'autres marchés (Townley, 2011), ainsi qu'avec la question, certes complexe et délicate mais méritant d'être prise en compte, d'une appréciation plus large des efficiences (*broader efficiency measurement*).

2.2. Poursuivre la lutte contre les ententes préjudiciables sur le plan environnemental

Les ententes sur des marchés de services ou produits à fort impact environnemental tels que le recyclage, la gestion des déchets, la gestion de l'eau, la production ou distribution d'énergie, l'isolation, sont particulièrement préjudiciables, non seulement au consommateur mais également sur le plan environnemental.

La lutte contre les ententes dans ces secteurs à fort enjeu pour la transition écologique devrait faire l'objet d'une attention particulière de la part des autorités de concurrence qui devraient être invitées à y consacrer une partie de leurs efforts de veille et d'enquête.

Par ailleurs, les autorités de concurrence, dans ces cas d'ententes, pourraient intégrer les externalités environnementales négatives dans les circonstances aggravantes déterminant la nature et le montant de la sanction imposée. Les autorités françaises se réfèrent notamment, sur ce point, à la décision de l'autorité de concurrence française dans le secteur des revêtements de sols résilients dans laquelle a été sanctionnée une pratique consistant pour des entreprises à s'entendre de façon secrète pour limiter l'information des consommateurs au sujet des performances environnementales de leurs produits¹⁰.

Les remarques ci-dessus sont, *mutatis mutandis*, transposables à l'analyse des accords verticaux.

Les remarques ci-dessus au sujet de la prise en compte des considérations environnementales dans la grille d'analyse concurrentielle des ententes sont, en outre, *mutatis mutandis*, pertinentes pour l'évaluation des effets unilatéraux ou congloméraux des fusions et acquisitions.

3. Abus de position dominante

Si le régime de sanction des abus de position dominante permet déjà de contribuer au fonctionnement efficient des marchés, la prise en compte accrue des considérations environnementales pourrait faire émerger de nouvelles questions, dont celle de savoir si des pratiques anticoncurrentielles qui constituent également un obstacle au développement durable pourraient être appréhendées sous l'angle de l'abus de position dominante.

Par exemple, les pratiques de « green washing » qui visent à utiliser l'argument écologique pour communiquer auprès du public peuvent être à la fois préjudiciables à la concurrence et à l'environnement.

Celles-ci peuvent notamment prendre la forme de publicité trompeuse. Cette pratique est en effet susceptible d'entraîner des distorsions de concurrence, comme le reconnaît la directive 2006/114. Bien qu'elle soit généralement sanctionnée sous l'angle des pratiques commerciales déloyales, elle peut également être constitutive d'un abus de position dominante. En effet, lorsqu'elles sont mises en œuvre par des entreprises en position dominante, elles sont susceptibles de porter atteinte non seulement au consommateur et de générer des distorsions de concurrence (en générant par exemple

⁹ Ibid, paragraphes 79 et s..

¹⁰ Autorité de la concurrence, *Décision 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients*, 18 octobre 2017 <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-revetements-de-sols-resilients>

des barrières à l'entrée, en permettant de gagner des parts de marché de façon déloyale, en générant de l'incertitude sur qualité d'un produit ou service, etc.), mais également d'avoir des conséquences environnementales en décourageant l'émergence de pratiques plus vertueuses.

La possibilité de qualifier en abus le fait pour une entreprise en position dominante de pratiquer une publicité déloyale sous l'angle des allégations environnementales, qui n'est pas ancrée dans la pratique des autorités de concurrence¹¹ pourrait faire l'objet d'une plus grande attention.

4. Contrôle des concentrations

Plusieurs réflexions ont été lancées en Europe afin que les politiques de contrôle de concentrations puissent mieux prendre en compte la dimension de développement durable tant au stade de la délimitation de marché que de l'analyse concurrentielle.

Plusieurs décisions récentes, notamment en Allemagne¹², ou au niveau européen¹³, ont souligné l'importance des facteurs environnementaux dans le cadre de l'analyse d'une opération de concentration.

Les autorités françaises rappellent que, comme l'ont notamment souligné différents travaux (OCDE¹⁴, S. Makris et E. Deutscher¹⁵), la dimension environnementale de certains projets de concentration peut s'apprécier au regard du risque de « restriction à l'innovation » que l'opération en cause pourrait présenter. A l'occasion du projet de concentration Dow/DuPont (2017) la Commission européenne a défini un préjudice général portant sur la restriction à l'innovation¹⁶. Il pourrait être opportun que la Commission développe cette pratique afin de prendre plus largement en compte les questions tenant aux préjudices à l'innovation.

Au-delà, des engagements répondant à des problématiques environnementales liées à l'opération pourraient conditionner une autorisation si ceux-ci sont de nature à répondre aux préoccupations concurrentielles identifiées. De la même manière, les bénéfices environnementaux engendrés par une opération de concentration pourraient permettre, sous certaines conditions, de contrebalancer certains problèmes de concurrence identifiés au titre de la prise en compte de gains d'efficacité.

La décision Panasonic/Sanyo de la FTC (2009¹⁷) illustre de façon intéressante comment des remèdes de concurrence, en préservant le bon fonctionnement de la concurrence dans le domaine des énergies renouvelable, peuvent être congruents aux objectifs de développement durable.

¹¹ Carrier, Michael A. and Tushnet, Rebecca, *An Antitrust Framework for False Advertising* (May 5, 2020). Iowa Law Review, Forthcoming, Rutgers Law School Research Paper, Harvard Public Law Working Paper No. 20-16, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3593914>

¹² Décision du ministère fédéral allemand de l'économie et de l'énergie dans le cas Miba/Zollern, 19 août 2019, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/V/verfuegung-verwaltungsverfahren-miba-zollern.pdf?__blob=publicationFile&v=4

¹³ Cf. affaire M.7292 DEMB/Mondelez/Charger OPCO, 5 mai 2015, dans laquelle les considérations environnementales ont joué un rôle dans la délimitation du marché pertinent ; Aleris/Novelis (cf. supra) dans laquelle les considérations environnementales ont été prises en compte tant au stade de la définition du marché dont découlait ensuite l'analyse concurrentielle et pour les engagements et M.9409, Aurubis/Metallo, du 4 mai 2020 dans laquelle la Commission européenne a mentionné la possibilité d'une incitation moindre pour les recycleurs de collecter et de traiter des déchets de cuivre.

¹⁴ Ibid, pages 21 et suivantes.

¹⁵ Makris, S. and E. Deutscher (forthcoming), *What is the role of EU merger control in ensuring sustainability? Innovation output, innovation diversity and the Commission's innovation theory of harm in agrochemical mergers*.

¹⁶ M.7932, Dow / DuPont, 27 mars 2017. En l'espèce, cette opération concernait l'industrie des pesticides qui se caractérise par une l'innovation particulièrement importante qui permet de commercialiser des produits efficaces et moins nocifs pour l'environnement. Les inquiétudes de la Commission portaient sur le fait que l'opération menaçait l'innovation en désincitant les parties à poursuivre leurs efforts en matière d'innovation suite à la concentration.

¹⁷ US Federal Trade Commission, Panasonic Corporation and Sanyo Electric Co., Ltd., C-4274, 24 novembre 2009, *FTC Order Sets Conditions for Panasonic's Acquisition of Sanyo*, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/11/ftc-order-sets-conditions-panasonics-acquisition-sanyo>

Les autorités françaises saluent ainsi l'initiative de la Commission qui pourrait permettre de formaliser, d'uniformiser ou encore d'explorer de nouvelles pistes en matière de prise en compte des facteurs environnementaux dans le cadre de l'analyse des concentrations.

L'adoption par la Commission d'orientations expliquant la manière dont elle entend prendre en compte les objectifs environnementaux serait pertinente pour les entreprises et pourrait s'avérer être une source d'inspiration pour les autorités de concurrence des différents États membres.