

Réponse à la consultation de la Commission européenne dans le cadre du « Pacte vert européen »

La Commission européenne a lancé en septembre 2020 un appel à contributions sur le thème « *La politique de concurrence à l'appui du Pacte vert pour l'Europe* ».

L'Autorité de la concurrence (« l'Autorité »), qui a, plus largement, fait du développement durable l'une de ses priorités pour l'année 2020, salue cette initiative.

Dans le cadre de sa réflexion, la Commission s'intéresse notamment aux interactions entre les règles de concurrence et les enjeux du Pacte vert en ce que les premières seraient susceptibles de faire obstacle à des accords favorables aux seconds.

À cet égard, l'Autorité tient à souligner que si l'un des enjeux en matière antitrust a trait à l'appréhension de ces accords positifs, il appartient aux autorités de concurrence d'appréhender l'ensemble des pratiques ayant un impact sur les objectifs du Pacte vert. Autrement dit, non seulement les comportements unilatéraux positifs mais aussi les comportements unilatéraux et collectifs négatifs devraient être appréhendés lorsqu'ils ont un lien avec les objectifs du Pacte vert. Il convient d'ailleurs de rappeler que les enjeux environnementaux sont certes majeurs mais qu'ils ne sauraient être l'aiguillon de l'action d'une autorité de concurrence, cette dernière n'étant compétente qu'en matière de politique de concurrence.

Ensuite, l'Autorité relève que la consultation de la Commission vise à recueillir les observations de l'ensemble des parties prenantes. Certaines des questions posées dans le cadre de cette consultation semblent ainsi s'adresser particulièrement aux praticiens ou aux entreprises. L'Autorité apporte toutefois à ces questions des réponses permettant de contextualiser ses réflexions actuelles sur les sujets de développement durable, lesquels comprennent notamment les enjeux environnementaux.

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

L'Autorité ne dispose pas dans sa pratique décisionnelle d'exemple de ce type de coopération.

Toutefois, l'Autorité relève qu'en théorie, des accords entre entreprises en faveur du Pacte vert sont susceptibles de présenter des restrictions de concurrence, compte tenu notamment des éléments suivants :

- de telles initiatives ont peu de chance de fonctionner si elles demeurent unilatérales (en raison du phénomène de *first mover disadvantage* ou passager clandestin), d'où la nécessité qu'elles soient suivies par une grande partie du marché *via* un accord ;
- de telles initiatives permettent certes de développer une production équitable, écologique, etc. mais parfois au détriment des prix, de la quantité ou de la variété à court terme.

Néanmoins, de tels comportements, notamment en ce qu'ils permettraient d'obtenir des résultats plus satisfaisants, en termes de développement durable, que des initiatives individuelles dans le cadre du fonctionnement concurrentiel normal du marché, pourraient dans

certaines circonstances satisfaire aux critères permettant de les faire échapper à la prohibition des ententes (théorie des restrictions accessoires, gains d'efficience, etc.).

L'Autorité souligne qu'à ce jour, elle n'a pas été contactée par des entreprises souhaitant mettre en place de tels accords et qui s'en estimeraient empêchées en raison des règles de concurrence ou de leur insuffisante clarté.

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

L'Autorité considère que la pédagogie (*advocacy*) sur la problématique de l'appréhension par le droit de la concurrence des comportements affectant le développement durable pourrait être renforcée.

Dans cette perspective, des précisions sur les caractéristiques des accords qui servent les objectifs du Pacte vert sans restreindre la concurrence seraient bienvenues. L'Autorité note cependant que de telles précisions existaient déjà dans les lignes directrices de la Commission européenne relatives aux accords de coopération horizontale de 2001, qui peuvent être une source pertinente pour appréhender ces accords.

Au-delà, la position actuelle de l'Autorité consiste pour sa part à favoriser le traitement de cas, plutôt qu'à rechercher l'établissement de lignes directrices. De ces dossiers pourront ensuite être tirés des enseignements à destination des entreprises.

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

En premier lieu, l'Autorité tient à rappeler que certains accords ne sont pas susceptibles d'être restrictifs. Les lignes directrices susvisées indiquaient ainsi : « *Certains accords environnementaux ne sont pas susceptibles de relever de l'interdiction définie à l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la part de marché cumulée détenue par les parties* ». Plusieurs cas étaient ensuite cités :

- « *les accords n'imposant aucune obligation individuelle précise aux parties ou ne les engageant que de façon très peu contraignante à la réalisation d'un objectif environnemental fixé pour l'ensemble d'un secteur* » ;
- « *les accords définissant les performances écologiques de produits ou processus qui n'affectent pas sensiblement la diversité des produits et de la production sur le marché en cause, ou qui n'influent que faiblement sur les décisions d'achat* » ;

- *« les accords qui entraînent une véritable création de marché, comme par exemple les accords de recyclage, [...] pour autant et aussi longtemps que les parties ne sont pas en mesure de mener les activités concernées isolément, alors qu'il n'existe aucune autre solution possible ou aucun autre concurrent ».*

En second lieu, l'Autorité considère que, pour les accords restrictifs, il convient d'explorer les pistes qui, à droit constant, permettent théoriquement de les justifier. À cet égard, la problématique des restrictions accessoires et celle des conditions dans lesquelles des externalités positives peuvent être prises en compte mériteraient d'être explorées plus avant, et mieux exposées. En ce qui concerne les gains d'efficacité en particulier, une clarification quant au traitement des externalités est indispensable compte tenu des différentes approches existant à ce jour.

Enfin, l'Autorité estime qu'il conviendrait de ne pas créer de dichotomie dans l'approche par le droit de la concurrence des différents objectifs du traité et notamment, parmi les objectifs de développement durable, entre les objectifs environnementaux et les autres. À cet égard, l'Autorité propose de distinguer ce qui relève de la règle de droit de ce qui relève de la preuve des faits. Si la règle de droit doit demeurer identique pour l'ensemble des objectifs, les considérations environnementales pourraient cependant trouver un accueil particulier en termes probatoires, dans la mesure où (i) la preuve de ce que les consommateurs tirent un avantage de bénéfices environnementaux est plus aisée à rapporter puisque ceux-ci peuvent par leur nature même profiter à tous – il serait ainsi possible d'établir ici une présomption – et (ii) la preuve du caractère équitable de la part du bénéfice qui revient à ces consommateurs peut résulter de l'existence d'un arbitrage déjà opéré par le pouvoir politique (Pacte vert, accord de Paris etc.).

4. En matière de contrôle des concentrations, l'Autorité souhaite partager les remarques suivantes.

Sur les marchés pour lesquels les considérations environnementales sont un facteur clef du choix des consommateurs en faveur d'un offreur ou d'un produit, le développement durable est un paramètre de concurrence crucial entre acteurs du marché. L'Autorité estime que l'innovation est ici un aspect central, compte tenu de l'intérêt croissant marqué par les consommateurs pour les produits respectueux de l'environnement.

Les concentrations horizontales, en supprimant la pression concurrentielle existant entre les parties à l'opération, sont susceptibles de réduire l'incitation de l'entité fusionnée à développer des produits plus respectueux de l'environnement ou à innover en mettant sur le marché de nouvelles technologies. Dans ce cas, l'effet de la concentration est double, la dégradation de l'offre occasionnant à la fois un dommage au bien-être du consommateur et une défaillance du développement durable. Les acquisitions prédatrices de nouveaux entrants innovants ou de concurrents potentiels peuvent aussi emporter une diminution significative de l'incitation des acteurs du marché à innover, avec pour conséquence un effet d'ensemble sur le marché.

Concernant les **effets verticaux**, une concentration peut causer un dommage lorsqu'elle conduit au verrouillage d'intrants respectueux de l'environnement, avec des répercussions sur le(s) marché(s) en aval. Dans cette situation, l'ampleur du dommage à la concurrence dépendra de la capacité à innover qu'avait la partie en amont antérieurement à la concentration, et de la capacité de ses concurrents à dupliquer ces intrants.

À ce stade, l'Autorité estime que la plupart des situations décrites ci-dessus entrent dans le champ des outils existants du contrôle des concentrations.

Pour autant, à droit constant, l'Autorité considère que les enjeux du développement durable pourraient être mieux pris en compte au stade de l'analyse concernant **la définition de marché**. Dès lors que les enjeux du développement durable peuvent être, selon les marchés concernés, un paramètre central du choix des consommateurs, ils peuvent affecter l'appréciation de la substituabilité de la demande. Les *process* de production des opérateurs peuvent également se trouver affectés (substituabilité de l'offre), en vue de satisfaire les exigences de la demande. Une définition de marché plus étroite pourrait mettre au jour d'importantes modifications de la structure de marché qui, à défaut, seraient difficiles à détecter.

Comme exposé ci-avant, l'Autorité estime que les outils existants de l'analyse concurrentielle, tels que ceux permettant de mesurer les effets tarifaires et non tarifaires suffisent à la prise en compte des enjeux environnementaux. L'Autorité pourrait en particulier, à l'occasion, du contrôle d'une concentration, prendre en compte les effets d'une opération sur les incitations à innover des entreprises.

Au terme d'une analyse classique, une concentration pourrait soulever des préoccupations de concurrence tout en s'avérant *in fine* apporter un bénéfice à l'environnement, par exemple en créant des synergies ou en renforçant les capacités d'innovation. Dans de telles circonstances, l'évaluation des efficiences est une démarche pertinente de l'analyse de l'Autorité, en vue de permettre à ces effets bénéfiques de se déployer, pour autant qu'ils satisfassent aux critères applicables.

Au-delà de ces cas, le développement d'outils d'analyse ciblés sur l'environnement nécessiterait une modification du cadre juridique d'intervention de l'Autorité qui, à ce jour, ne cible pas spécifiquement certains secteurs pour les besoins de son analyse concurrentielle ni même pour l'ajustement de son standard de preuve.