

Compte rendu du séminaire Nasse « Pacte vert et concurrence » du 2 juin 2022

Lors du séminaire organisé le 2 juin 2022 **Suzanne Kingston** - Juge au Tribunal de l'UE, ancienne professeure de droit à *l'University College Dublin Sutherland School of Law*, et avocate – et **Frédéric Marty** - Chercheur en économie du droit, chargé de recherche au CNRS, Gredeg (Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion) à l'Université Côte d'Azur, membre du collège de l'Autorité de la Concurrence au titre de personnalité qualifiée pour les professions réglementées – ont débattu sur le sujet « Pacte vert et concurrence ». La séance a été animée par **Emmanuel Combe**, Vice-Président de l'Autorité de la concurrence, professeur à Skema Business School.

Les présents propos n'engagent que leurs auteurs et ne sauraient être considérés comme constituant une prise de position officielle de leurs employeurs.

Introduction - Emmanuel Combe

En décembre 2019, la Commission européenne a pris l'initiative du Green deal, qui fixe comme objectif la neutralité de l'Europe sur le plan climatique à horizon 2050. Pour parvenir à ces objectifs le Pacte vert prévoit une panoplie d'instruments : i) des ressources financières (ex : 30 % des sommes du plan de relance « Next generation EU » doivent être engagées pour la lutte contre le changement climatique) ; ii) des grands projets de politiques industrielles (ex : PIIEC batteries électriques) ; iii) la réglementation, l'établissement de nouvelles normes, le recours à la taxe carbone, interdiction des voitures à moteur thermique à horizon 2035.

La question est donc de savoir quel rôle la politique de la concurrence peut jouer en la matière. A première vue, il semble exister une relation ambivalente entre concurrence et environnement. D'un côté, en faisant baisser les prix, la concurrence augmente les quantités, ce qui serait plutôt un facteur de dégradation de l'environnement. Par exemple dans le transport aérien, l'ouverture en 1997 du marché a permis l'entrée de nouveaux opérateurs low-cost, ce qui a entraîné des baisses de prix et une forte augmentation du trafic. D'un autre côté, la concurrence est un bon aiguillon pour stimuler l'innovation verte. Si les consommateurs veulent des produits plus verts, la concurrence est un facteur d'accélération du progrès technique vert comparativement à d'autres structures de marché. L'étude de Philippe Aghion et coauteurs « Is market competition clean or dirty? »¹ montre que les préférences sociétales en faveur de l'environnement influent bien sur le nombre de brevets propres déposés sur un marché, dès lors que la concurrence est suffisante.

I - Dans quelle mesure pourrait-on voir se développer des pratiques anti-concurrentielles qui porteraient préjudice à la préservation de l'environnement ?

Suzanne Kingston - L'approche traditionnelle, inspirée de l'École de pensée de Chicago, consiste à exclure les considérations environnementales de l'analyse concurrentielle.

¹ Aghion, P., Bénabou, R., Martin, R., & Roulet, A. (2020). *Environmental preferences and technological choices: is market competition clean or dirty?* (No. w26921). National Bureau of Economic Research.

Plusieurs développements récents montrent que ce statu quo semble être en cours de révision. En effet, l'État seul ne peut pas agir de façon suffisamment efficace et rapide pour atteindre les objectifs du Pacte vert sans l'action des entreprises. Le règlement 2020/852 du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables (« règlement taxonomie ») fixe des critères objectifs juridiques qui permettent de qualifier des activités économiques comme durables sur le plan environnemental ou causant un préjudice important aux objectifs environnementaux. Il fournit aux investisseurs et consommateurs un moyen de distinguer les activités économiques véritablement vertes de l'écoblanchiment (greenwashing).

Le 23 février 2022, la Commission européenne a publié une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, visant à prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement pour l'ensemble de leurs chaînes de valeur. Les entreprises seront tenues de recenser et, s'il y a lieu, de faire cesser les pratiques ayant des incidences négatives sur l'environnement ou les droits de l'homme. En ciblant les chaînes de valeur mondiales, la proposition entre dans le domaine du droit de la concurrence. La proposition de directive prévoit même une obligation de coopération horizontale entre entreprises si celle-ci est nécessaire pour faire cesser ou diminuer une atteinte à l'environnement, sous réserve du respect du droit de la concurrence.

Un plus grand rôle pour les activités vertes volontaires des entreprises implique un plus grand rôle pour le droit de la concurrence et les autorités de concurrence. Les autorités de concurrence seront confrontées à des questions importantes concernant la prise en compte des considérations environnementales dans l'analyse concurrentielle. Est-il permis en principe de prendre en compte le fait qu'un produit sera plus vert ou plus durable qu'un concurrent, dans le domaine des accords horizontaux, des abus de position dominante ou encore des concentrations ? Les gains environnementaux doivent-ils être pris en compte dans l'analyse des gains d'efficacité économiques, et si oui, devraient-ils être considérés comme des gains qualitatifs ou quantitatifs ? Cela pose aussi la question de l'horizon temporel de la prise en compte des gains environnementaux. Enfin, comment assurer la sécurité juridique sans paralyser les initiatives vertueuses par une application trop stricte du droit de la concurrence ?

Frédéric Marty - Plusieurs aspects de l'article 102 du TFUE qui sanctionne les abus de position dominante peuvent être invoqués en relation avec l'environnement :

- i) en cas de déclarations fausses, trompeuses, envers le consommateur ; de telles déclarations peuvent induire des distorsions de concurrence. Une étude empirique étudiant l'impact de l'affaire du « Dieselgate » de 2015 sur le marché israélien de l'occasion montre que le nombre de transactions a baissé de 18 % pour les véhicules concernés, et que le prix a baissé de 6 %². Ces résultats montrent que l'écoblanchiment peut avoir un coût.
- ii) les stratégies d'augmentation des coûts des rivaux. Un acteur en position dominante peut avoir une incitation à capturer la réglementation afin de pousser les investissements nécessaires à la conformité à la hausse et exclure des rivaux ne pouvant suivre la course à l'investissement. Permettre à certains acteurs de participer très tôt à l'élaboration de la norme peut également faciliter le verrouillage d'un marché.

² ["The Impact of Environmental Fraud on the Used Car Market: Evidence from Dieselgate" - Ater I. et Yoseph N.S., The Journal of Industrial Economics 2022, à paraître.](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/joie.12276)
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/joie.12276>

iii) Le cas d'acquisitions « tueuses » ou consolidantes. En effet, avoir un nouvel entrant plus vertueux environnementalement crée un risque pour l'acteur dominant, et acquérir ce concurrent peut permettre de conserver sa position.

Par ailleurs, des ententes préjudiciables sur le plan environnemental peuvent être sanctionnées, au titre de l'article 101 du TFUE. Dans une décision de juillet 2021, la Commission a sanctionné des constructeurs automobiles pour des pratiques visant à restreindre la concurrence concernant l'épuration des gaz d'échappement émis par les nouvelles voitures à moteur diesel. Les constructeurs devaient réduire les émissions de particules fines, ce qui suppose de la recherche et des investissements. Il y a donc ici un domaine de coopération légitime, et les entreprises étaient éligibles à l'exemption concernant les accords horizontaux prévue par l'article 101§3 du TFUE, mais leurs discussions sont allées au-delà de ce qui était nécessaire. Leur objectif était d'éviter que l'un des opérateurs n'investisse trop ou ne communique trop sur un projet vert, et ne déstabilise ainsi le marché.

II - Est-ce que le droit de la concurrence peut être adapté pour mieux prendre en compte le droit environnemental ?

Suzanne Kingston - La première version des lignes directrices applicables aux accords horizontaux, en 2001, contenait une section sur les accords environnementaux. Selon ces lignes directrices, les accords environnementaux pouvaient apporter des avantages économiques et contrebalancer les effets négatifs sur la concurrence.

Mais les lignes directrices sur l'application de l'article 101§3 du TFUE publiées en 2004 ont souligné l'importance d'une approche plus économique et la nécessité d'une quantification monétaire des gains d'efficacité. Étant donné le faible développement des techniques de quantification des avantages environnementaux à cette époque (valeur d'usage, valeur de non usage), ces lignes directrices ont de fait limité la possibilité de prise en compte de considérations environnementales dans une analyse concurrentielle. De plus les lignes directrices ont précisé que les gains d'efficacité extérieurs à un marché ne pouvaient normalement pas compenser des effets négatifs sur un marché. La nouvelle version de 2010 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontaux, a d'ailleurs supprimé la section dédiée aux accords environnementaux.

En février 2022, la Commission a publié un projet de révision des lignes directrices sur les accords horizontaux qui contient un nouveau chapitre sur les accords de durabilité. Il aborde le rôle des considérations environnementales avec créativité, et un esprit d'innovation réglementaire. L'idée générale est de ne pas dissuader les véritables innovations sur le plan environnemental, tout en dissuadant l'écoblanchiment et les initiatives disproportionnées par rapport aux gains environnementaux. Les avantages indirects pour le consommateur (moindre pollution) peuvent être pris en compte. En outre les lignes directrices introduisent la notion d'avantages collectifs en précisant que « les gains d'efficacité obtenus sur les marchés séparés mais liés peuvent être pris en considération ». Ce faisant le texte ouvre par exemple la possibilité de prise en compte de l'amélioration de la qualité de l'air.

Frédéric Marty - La décision de 2015 de l'autorité de la concurrence néerlandaise « Chicken of Tomorrow » a été l'occasion pour l'autorité de détailler le raisonnement suivi dans l'analyse concurrentielle d'un accord entre concurrents. Les acteurs du marché du poulet ont souhaité coopérer afin d'établir un standard de bien-être animal qui devait s'appliquer à tous les poulets

vendus en supermarché aux Pays-Bas. Définir un standard minimal revient à retirer les productions qui ne satisfont pas à cette norme, mais cela ne pénalise pas obligatoirement les consommateurs : ils payent un prix plus élevé, mais peuvent s'y retrouver grâce à une meilleure qualité. Afin d'évaluer si la restriction de concurrence était justifiée, l'autorité de la concurrence a essayé d'estimer la propension à payer des consommateurs pour l'amélioration de qualité. Ils ont estimé que cette propension à payer était de 68 centimes d'euros, alors que le surcoût dû à la mise en place du standard conduisait à une hausse du prix de 1,46 euro. L'autorité a donc estimé qu'il y avait une différence significative entre ce que les consommateurs étaient prêts à payer et le surcoût, et que le consommateur y perdait.

En 2020 l'autorité de la concurrence néerlandaise a réévalué la situation sur le marché, et a constaté que, grâce aux labels, la consommation s'était portée vers des poulets élevés dans des meilleures conditions que ce que prévoyait le programme « Chicken of Tomorrow ». Cette décision illustre le fait que pour être jugé compatible avec le droit européen de la concurrence, un accord entre concurrents doit être nécessaire pour atteindre l'objectif affiché.

Le projet de lignes directrices sur les accords horizontaux, publié en février 2022, contient un nouveau chapitre sur les accords de durabilité. La notion de consommateur recouvre tous les utilisateurs directs et indirects. Pour l'évaluation de la comptabilité d'un accord à l'article 101§3 du TFUE, un dommage sur un marché pourra ne pas faire l'objet d'une compensation totale sur le marché concerné mais aussi sur un marché adjacent ou au titre de réduction d'externalités. Cette ouverture pose plusieurs défis : i) estimer la propension à payer des consommateurs (parfois on observera des prix, l'expression d'une préférence, parfois il faudra la déduire par sondage) ; ii) s'agit-il de préférences individuelles ou collectives ? ; iii) le temps et l'incertitude complexifient l'analyse, le consommateur peut avoir des biais décisionnels (ex : préférence pour le présent) ; iv) la prise en compte de l'externalité environnementale.

Ressources :

Technical Report on Sustainability and Competition, commissioned by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) and the Greek competition authority
<https://www.acm.nl/en/publications/technical-report-sustainability-and-competition>

« **Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements** », pré-rapport sur la révision des lignes directrices relatives aux accords horizontaux entre entreprises :
https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/kd0722074enn_HBER_sustainability.pdf