

Les initiatives durables privées limitées par le droit des pratiques anticoncurrentielles

17 Juin 2021

Le projet de loi français portant lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets, adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le mardi 4 mai 2021, est un des nombreux échos à l'inquiétude que suscite le réchauffement climatique de par le monde.

Au niveau européen, la Commission européenne (la 'Commission') a lancé en 2019 un grand projet dit 'Pacte Vert', visant à promouvoir l'utilisation efficace des ressources en passant à une économie propre et circulaire, et caractérisée par la disparition des gaz à effet de serre, ainsi que par la dissociation de la croissance économique de l'utilisation des ressources¹. Ce Pacte Vert vise à transformer l'économie européenne dans son ensemble, notamment en « *matière d'industrie, de production et de consommation, de grandes infrastructures, de transports, d'alimentation, d'agriculture, de construction, de fiscalité et de prestations sociales* »². Au vu de l'importance de la tâche, la Commission a veillé à intégrer l'objectif de durabilité dans toutes les politiques de l'Union, et notamment celle de concurrence³.

Ainsi, en octobre 2020, la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne a lancé un **appel à contributions** sur la façon dont la politique concurrentielle pouvait contribuer à la réalisation des objectifs du Pacte Vert, notamment s'agissant de l'analyse des accords de coopération entre concurrents. Elle a reçu près de 200 contributions, disponibles sur son site internet, dont la synthèse devrait paraître prochainement, et dont nous reprenons d'ores-et-déjà certains éléments essentiels.

Les incertitudes sur la qualification de pratique anticoncurrentielle apparaissent préjudiciables aux initiatives privées.

Un certain nombre de contributions d'industriels adressées à la Commission font état de leur frilosité à conclure des accords horizontaux (entre concurrents) ou verticaux (avec d'autres acteurs de la chaîne d'approvisionnement) à objectif durable du fait de leur crainte que lesdits accords soient qualifiés d'anticoncurrentiels, les exposant ainsi à des amendes conséquentes⁴.

Se pose tout d'abord la question de savoir si toutes les autorités de concurrence nationales et la Commission auront une analyse homogène de ce que constitue ou non un accord à objectif durable anticoncurrentiel. Il convient de souligner ici que ne sont pas concernés par ces doutes

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le pacte vert pour l'Europe, COM(2019) 640 final en date du 11 décembre 2019, p.2.

² Ibid, p.4.

³ Ibid, p.18.

⁴ Jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial de l'auteur de la pratique.

les accords faussement durables, c'est-à-dire ceux qui ont en réalité un objectif anticoncurrentiel mais qui trouveraient une forme de légitimité car ils utiliseraient, en couverture, un objectif de développement durable. Par exemple, l'autorité de la concurrence française a sanctionné en 2017 certains fabricants de revêtement de sol et leur syndicat professionnel pour avoir notamment établi une communication environnementale commune, par laquelle les fabricants limitaient les types de données environnementales des produits sur lesquels ils communiquaient⁵.

La deuxième (mais non des moindres) source d'incertitude consiste à savoir dans quelle mesure un accord durable restrictif de concurrence pourrait bénéficier de l'exemption instituée à l'article 101§3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ('TFUE') et/ou de son équivalent national.

L'article 101§3 du TFUE prévoit qu'un accord comportant une ou plusieurs restriction(s) de concurrence peut être exempté dès lors qu'il contribue « *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*** ».

En matière de développement durable, il est tout d'abord difficile de déterminer dans quelle mesure des progrès non quantifiables, tels que la sauvegarde d'une espèce animale ou l'amélioration des conditions de travail de fournisseurs extra-européens, pourraient compenser l'éventuel dommage économique causé par l'accord (par exemple, une hausse des prix). En outre, le terme « *utilisateurs* », sans définition spécifique, laisse planer un doute sur la question de savoir si seuls les utilisateurs directs sur le marché concerné par l'accord devraient bénéficier de l'avantage, ou s'il est possible d'intégrer, dans l'analyse, les utilisateurs indirects sur des marchés distincts, voire la société en son entier.

Ces incertitudes sont préjudiciables, et ce d'autant plus qu'elles ne sont pas que théoriques. En effet, les autorités de concurrence nationales et européenne ont déjà sanctionné les parties à un accord à objectif durable, considérant que les bénéfices durables ne compensaient pas les préjudices économiques pour les utilisateurs, voire qu'ils n'avaient même pas à être mis en balance avec le dommage causé à l'économie.

Ainsi, la Haute Cour Régionale de Düsseldorf a largement confirmé la position de l'autorité de la concurrence allemande, qui avait refusé de prendre en compte les bienfaits environnementaux d'une pratique de l'Etat fédéral Baden-Württemberg visant à commercialiser et à facturer, pour le compte d'autres propriétaires de forêts, des rondins de bois et à fournir des services connexes⁶. En effet, la Haute Cour Régionale de Düsseldorf a considéré que les bénéfices environnementaux de la pratique liés à la gestion du parc forestier, au bilan hydrique et à la pureté de l'air n'avaient pas à être pris en compte par l'autorité de concurrence dans son analyse sur l'applicabilité de l'article 101§3 du TFUE.

⁵ Décision n°17-D-20 en date du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

⁶ *Round timber in Baden-Württemberg* (VI-Kart 10/15 (V)), §§327-328. Cet arrêt a été cassé le 12 juin 2018 par la Cour Fédérale de Justice allemande pour des raisons procédurales (KVR 38/17).

En 2015, l'autorité de concurrence néerlandaise ('l'ACM') a considéré qu'un accord vertical (entre producteurs, transformateurs et supermarchés) visant à remplacer la viande de poulet par une viande de poulets élevés dans de meilleures conditions, était restrictif de concurrence en ce qu'il aboutissait à une augmentation des prix pour les consommateurs. Cet accord n'a pas pu bénéficier de l'exemption nationale équivalente à l'article 101§3 du TFUE, alors même que ses bienfaits pour le bien-être animal étaient évidents. En effet, selon l'ACM, les avantages pour les consommateurs ne dépassaient pas les inconvénients créés par l'accord, notamment l'augmentation des prix de 1,46 euro par kilo de filet de poulet (alors que les études économiques démontraient que la volonté des consommateurs de payer davantage se limitait à 0,86 euro), et que des mesures moins contraignantes auraient pu être prises pour atteindre les mêmes, voire de meilleurs, résultats⁷.

Les risques existent donc bien, et sont de nature à décourager les initiatives privées.

Ainsi, une entreprise de chocolat mondiale a expliqué qu'un de ses concurrents, qui s'approvisionnait auprès du même fournisseur, s'était rapproché d'elle afin de trouver une approche coordonnée pour accroître les rendements de leur fournisseur, dans une perspective de commerce équitable et durable. Cette initiative a été découragée par le département juridique du témoin du fait des risques de qualification d'entente anticoncurrentielle⁸.

De même, la question des prix est particulièrement problématique dans l'industrie bananière, dans laquelle les producteurs subissent une telle pression que les prix de vente sont inférieurs aux coûts de production. Au vu de cette situation, certains acteurs majeurs du marché regrettent l'interdiction posée par le droit des pratiques anticoncurrentielles d'échanger sur des solutions de prix, qui auraient pour principal objectif de rémunérer plus justement les producteurs⁹.

Outre les risques liés aux prix, des questions de boycott se sont posées. En effet, au Royaume-Uni, certains gros fournisseurs d'une espèce de poisson ont réfléchi conjointement avec des détaillants à l'éventualité d'acheter exclusivement du poisson pêché dans des conditions durables. Cependant, l'un des plus gros détaillants a opposé son refus, craignant que l'autorité de concurrence anglaise qualifie d'anticoncurrentielle la pratique de boycott à l'encontre des pêcheurs 'non durables'¹⁰.

Faut-il traiter différemment les objectifs durables autres qu'environnementaux ?

Deux courants de politique concurrentielle ont émergé sur la question de l'analyse d'un accord durable sous le prisme de l'article 101§3 du TFUE ou de son équivalent national.

Certaines autorités de concurrence, notamment l'autorité française, considèrent qu'il n'est pas opportun de créer une dichotomie entre les objectifs environnementaux et les autres objectifs

⁷ «ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'» ACM/DM/2014/206028.

⁸ « Competition law and sustainability: a study of industry attitudes towards multi-stakeholder collaboration in the UK grocery sector », Fairtrade Foundation, Avril 2019, p.15.

⁹ Ibid, p. 9.

¹⁰ « Competition policy supporting the green deal », Simon Holmes, Concurrences Competition Law Reviews, n°1/2021.

durables, tels que le respect des droits de l'homme¹¹. A l'inverse, d'autres autorités, telle que l'ACM, entendent avoir une approche spécifique aux accords environnementaux. Il conviendrait, selon cette dernière, d'adopter une analyse différenciée sur la question de l'applicabilité de l'article 101§3 du TFUE à l'accord en fonction de ce qu'il aurait un objectif pro-environnemental ou un objectif plus large de développement durable. Ainsi, l'ACM a expliqué, dans son projet de lignes directrices sur les accords durables¹², qu'elle analyserait les bénéfices potentiels d'un accord visant à la protection de l'environnement en prenant en compte la société dans son ensemble, contrairement aux autres accords à objectifs durables qui, eux, seraient analysés en fonction de leurs bienfaits pour les seuls utilisateurs concernés. Cette dichotomie de prisme aura nécessairement pour effet de favoriser les accords environnementaux.

Dans le cadre de son appel à contributions, la Commission européenne a posé la question de savoir « *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 ?* »¹³. Par le biais de cette question, certains contributeurs craignent qu'elle adopte la même analyse que l'ACM.

Or, il apparaît qu'une telle approche est critiquable pour de nombreuses raisons.

Tout d'abord, même si la lutte contre le réchauffement climatique est fondamentale, les autres objectifs durables, tels qu'une rémunération juste des maillons de la chaîne d'approvisionnement, ou encore l'éradication de l'esclavage et du travail forcé des enfants, le sont tout autant. En effet, de telles thématiques sociétales sont, selon certaines études, plus complexes à surmonter que celles relatives au réchauffement climatique.

Ensuite, il apparaît quelque peu incohérent de privilégier une initiative à l'objectif environnemental limité à une coopération particulièrement innovante visant à la protection des droits de l'homme.

Enfin, l'Organisation des Nations Unies a, par la résolution 66/288 en 2012¹⁴, établi trois dimensions de durabilité égales qui sont économique, sociale et environnementale. Cette approche a été reprise par la résolution 70/1 en date du 25 septembre 2015 qui énonce les dix-sept objectifs de développement durable à atteindre à l'horizon 2030 (l'« Agenda pour 2030 »)¹⁵. Dès lors, non seulement une telle dichotomie se révélerait intellectuellement artificielle, mais elle serait une nouvelle source d'insécurité juridique pour les parties privées.

¹¹ « Réponse à la consultation de la Commission européenne dans le cadre du « Pacte vert européen », Autorité de la concurrence, 27 novembre 2020, p. 3.

¹² « Second Draft Guidelines on Sustainability Agreements », Authority for Consumers and Markets, 26 janvier 2021, §39.

¹³ « La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe _ Appel à contributions », Commission européenne, Direction générale de la concurrence, 13 octobre 2020, p.5.

¹⁴ « Résolution adoptée par l'Assemblée générale n°66/288 « L'avenir que nous voulons » » 11 septembre 2012, §1.

¹⁵ « Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015 n°70/1 « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 » » 21 octobre 2015.

Une approche pratique apparaît nécessaire.

Au vu des incertitudes existantes, il apparaît essentiel que les autorités de concurrence apportent un éclairage sur les accords admissibles ou non au regard du droit de la concurrence.

Tout d'abord, certains accords devraient tout simplement échapper à l'application de l'article 101 du TFUE ou de son équivalent national.

Il en va ainsi des **accords de minimis**¹⁶, c'est-à-dire ne représentant qu'une part limitée des marchés concernés¹⁷, à la condition qu'ils n'aient pas pour objet de restreindre le jeu de la concurrence (par exemple, fixer directement ou indirectement les prix, limiter ou contrôler la production, ou encore répartir entre les parties les marchés ou sources d'approvisionnement).

Toutefois, de tels accords atteignent rapidement leurs limites. En effet, de nombreuses entreprises sont réticentes à agir du fait de la théorie du « *désavantage du premier à agir* » selon laquelle une entreprise ne trouverait que des avantages marginaux à innover pour une production durable car cela serait particulièrement coûteux et ne conférerait qu'un avantage concurrentiel limité. Bien souvent, seul un accord de large portée entre opérateurs économiques est de nature à inciter les entreprises à agir pour plus de durabilité dans leur processus de production.

En outre, certains accords doivent porter sur des paramètres essentiels de la concurrence (tels que le prix des bananes, dans notre exemple précédent) et ne pourraient dès lors pas bénéficier de l'exception *de minimis*, car leur objet même serait de restreindre le jeu de la concurrence en fixant les prix.

Devraient également être considérés comme licites 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 la décision d'achat* »¹⁸. Cela était le cas dans les lignes directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale de 2001 et a, malheureusement, été abandonné dans celles de 2011, créant par la même une insécurité juridique. Par exemple, l'ACM a eu l'occasion de valider des accords entre plusieurs organisations privilégiant l'utilisation de l'anesthésie dans l'opération de castration des porcs, dans la mesure où les abattoirs restaient libres d'acheter des porcs castrés sans anesthésie¹⁹.

Devraient aussi être clairement considérés comme n'ayant que peu de chances de se voir appliqués l'article 101 du TFUE les accords qui n'imposent **aucune obligation individuelle précise** aux parties ou qui ne les engagent que de façon peu contraignante à la réalisation d'un

¹⁶ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*) (2014/C 291/01).

¹⁷ 10% en cas d'accord horizontal, 15% en cas d'accord vertical (cf. (2014/C 291/01)).

¹⁸ Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, 6 janvier 2001, p. 27, §186.

¹⁹ « *NMA: no objections against agreements on the castration of boars with the use of anaesthesia* », Authority for Consumers and Markets, 27 octobre 2008.

objectif durable fixé pour l'ensemble d'un secteur. Là encore, cela était explicitement prévu par les lignes directrices de la Commission de 2001²⁰ et a malheureusement été abandonné dans celles de 2011. Par exemple, la Commission a eu à se questionner sur la validité d'un accord porté par une association professionnelle visant à la réduction d'émissions de CO2 à un niveau moyen de 140 grammes émis par nouvelle voiture pour particuliers. La Commission a validé l'accord, soulignant que l'association n'avait, à aucun moment, imposé d'objectifs aux membres individuellement, et que ces derniers restaient libres d'être plus ou moins ambitieux que l'objectif de l'association, dès lors que l'objectif moyen était atteint²¹.

Enfin, les accords entraînant une **véritable création de marché** devraient clairement être licites, dès lors que les parties ne sont pas en mesure de créer ledit marché seules et qu'il n'existe aucune autre solution possible ou aucun autre concurrent, comme cela était, encore une fois, prévu par les lignes directrices de la Commission de 2001²².

Ensuite, l'analyse de l'exemption sous l'article 101§3 du TFUE (ou son équivalent national) devrait être clarifiée.

Pour mémoire, afin d'être éligibles, les accords doivent remplir les quatre conditions suivantes : (i) contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique, (ii) réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, (iii) ne pas être plus restrictif de concurrence que nécessaire, et (iv) ne pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Les accords de durabilité soulèvent principalement des difficultés pour apprécier la balance coût-avantage des points (i) et (ii). L'ACM s'est essayée à cet exercice dans son projet de lignes directrices sur les accords durables²³.

De ce projet et des différentes problématiques évoquées ci-avant, plusieurs pistes sont envisageables :

- (i) Instaurer un « *safe harbour* » pour les accords dont les parties représentent une part de marché inférieure à 30% et dont les bénéfices sont démontrables et proportionnés à la restriction de concurrence ;
- (ii) Autoriser les accords dont le dommage à l'économie est, sur la base d'une estimation approximative, inférieur aux bénéfices apportés de façon évidente ;

²⁰ Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, 6 janvier 2001, p. 27, §185.

²¹ « *Commitment by European Car Manufacturers to reduce CO2 emissions from passenger cars complies with EU Competition rules* », Commission européenne, 6 octobre 1998, IP/98/865.

²² Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, 6 janvier 2001, p. 27, §187.

²³ « *Second Draft Guidelines on Sustainability Agreements* », Authority for Consumers and Markets, 26 janvier 2021, §§ 30-63.

- (iii) Pour les autres accords, développer l'usage des études économiques relatives à la volonté de payer des utilisateurs (« *Willing-to-pay studies* ») ;
- (iv) Permettre les accords dont les effets principaux se situent dans des pays tiers (par exemple, des conditions harmonisées d'achat dans des pays en voie de développement dans le cadre du commerce équitable), dès lors que ces accords n'ont qu'un impact limité sur la concurrence qui se joue dans l'Union européenne²⁴.

Toutefois, compte tenu des incertitudes qui vont continuer à accompagner la mise en œuvre des accords à objectif durable jusqu'à l'adoption d'une *guidance* commune en Europe, voire d'une pratique décisionnelle en la matière, les entreprises voulant mettre en place des initiatives durables communes auront tout intérêt à se rapprocher en amont des autorités de concurrence concernées pour vérifier la licéité de leurs accords au regard du droit de la concurrence. Plusieurs autorités ont d'ores-et-déjà ouvert cette possibilité, dont l'ACM et l'autorité française de la concurrence.

Flora Pitti-Ferrandi

Associée droit de la concurrence
Vivien & Associés, Paris



Julie Bureau-Ockrent

Collaboratrice droit de la concurrence
Vivien & Associés, Paris



²⁴ L'Autorité française de concurrence a reconnu dans son 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 que des conditions d'achat harmonisées en-dehors d'Europe de matières premières (café, banane, thé) ne représentant qu'entre 7% et 21% du prix final du produit vendu en Europe n'entraînent des restrictions de concurrence que dans les pays tiers et échappent ainsi à l'application du droit communautaire et français de la concurrence (cf. §§53 et 54 de l'Avis).