

OBSERVATIONS DE L'AFEC SUR LA CONTRIBUTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE A LA PROMOTION DU DEVELOPPEMENT DURABLE

Février 2025

L'Association française d'Étude de la concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur la législation en vigueur, ainsi que sur les projets de loi et projets de textes de toutes natures, qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC¹, a été constitué pour présenter les observations figurant ci-après sur la manière dont les différentes branches du droit de la concurrence contribuent aujourd'hui et pourraient davantage contribuer à l'avenir à promouvoir le développement durable.

Introduction

Dans un contexte de changement climatique et de renforcement de la résilience des économies européennes, la durabilité est devenue l'une des principales priorités de la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence de plusieurs États membres. Les consommateurs accordent en effet de plus en plus d'importance à la durabilité des biens et des services, laquelle peut alors constituer un critère prépondérant à la fois dans le choix des consommateurs ou d'une partie d'entre eux, mais aussi dans la stratégie de différenciation des entreprises, de sorte que la durabilité peut désormais constituer un paramètre essentiel de la concurrence dont les analyses des autorités de concurrence doivent dorénavant tenir compte. Dans ces conditions, la prise en compte des enjeux du développement durable a conduit les autorités de concurrence à clarifier le cadre juridique en vigueur pour l'adapter aux exigences de la transition écologique (notamment, par l'adoption de nouvelles lignes directrices portant spécifiquement sur le sujet de la durabilité).

Les clarifications apportées par les autorités de concurrence sont louables dans la mesure où elles permettent non seulement une prise en compte plus importante du développement durable par le droit de la concurrence, mais aussi une prévisibilité et une sécurité juridique accrues pour les entreprises et les consommateurs.

Dans un souci d'amélioration du droit de la concurrence, l'AFEC a souhaité rendre publiques ses observations sur la manière dont les différentes branches du droit de la concurrence contribuent actuellement et pourraient davantage contribuer dans le futur à la promotion du développement durable, en concentrant son analyse sur le droit des pratiques anticoncurrentielles (1), le contrôle des concentrations (2) et les aides d'État (3), ainsi que sur les droits de la distribution et de la consommation (4).

¹ Le groupe de travail a été constitué à l'initiative de l'AFEC Jeunes et ses travaux ont été coordonnés par Ines Chaaba (Equinoxe avocats) et Anthony Gioé de Stefano (Squair). Il comprenait les membres suivants : Michel Ponsard (UGGC), Jean-Louis Fourgoux (Mermoz), Maud Boukhris (Willkie Farr & Gallagher LLP), Habbine Estelle Kim (Kim Avocat), Salomé Le Normand (Artlex), Noémie Bomble (A&O Shearman), Marlène Warolin, Jugwal Doyen (Addleshaw Goddard), Sophie Lachaud (Prôleus Avocats), Sandro Lanna, Mathilde Guyot, Marwan Ben Moussa, Arnaud Barrandon, Ridhwane Allouch, Sara Harradi et Lia-Madina Sylla.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS DE L'AFEC		
Branches du droit de la concurrence	Comment le droit de la concurrence pourrait-il davantage contribuer à la promotion du développement durable ?	
<u>Droit des pratiques anticoncurrentielles</u>	1	Les autorités de concurrence pourraient adopter <u>une approche plus souple</u> en ce qui concerne <u>l'appréciation des gains d'efficience</u> résultant d'un accord de durabilité (en ce compris pour leur <u>quantification</u>), en particulier en prenant en considération les effets positifs d'un tel accord pour l'ensemble de la société (et non seulement pour les consommateurs concernés par l'accord en question).
	2	Les autorités de concurrence pourraient adopter des <u>lignes directrices propres à la prise en compte du développement durable par le droit des abus de position dominante</u> , afin de fournir des éclaircissements aux entreprises sur la manière dont leurs comportements unilatéraux poursuivant un ou plusieurs objectifs de durabilité pourraient être considérés comme conformes au droit de la concurrence.
	3	En ce qui concerne <u>la procédure d'orientations informelles mise en place par l'Autorité française de la concurrence</u> : cette autorité pourrait <u>dresser un bilan à l'issue de l'année 2025</u> (incluant la période 2024) pour évaluer l'efficacité de ce dispositif et, en particulier, vérifier s'il ne serait pas nécessaire d'offrir des garanties de sécurité juridique accrues aux entreprises y ayant recours (par exemple, une immunité d'amende lorsqu'elles mettent en œuvre l'accord examiné de bonne foi).
	4	Les autorités de concurrence pourraient intégrer dans leurs <u>décisions de sanctions</u> de pratiques anticoncurrentielles <u>une motivation plus détaillée</u> sur la manière dont l'atteinte portée à l'environnement par les pratiques en cause impacte les différents paramètres à partir desquels le montant de <u>l'amende</u> appliquée est calculé.
<u>Contrôle des concentrations</u>	1	Les autorités de concurrence pourraient imposer des <u>mesures correctives durables et contraignantes</u> en conditionnant les autorisations de concentrations à des <u>engagements</u> de maintien ou à des engagements de développement de <u>l'innovation</u> en matière de durabilité.
	2	Les autorités de concurrence pourraient adopter <u>un cadre temporel de l'analyse des effets d'une concentration plus long</u> , ainsi qu'une <u>appréciation plus souple pour quantifier les gains d'efficience</u> , permettant de détecter et de prendre en compte davantage les potentiels <u>gains d'efficience</u> qui mettent du temps à se concrétiser.
	3	La Commission européenne pourrait intégrer dans sa « Communication sur la définition du marché en cause » <u>une définition plus précise du critère de « durabilité »</u> .

Législation sur les <u>aides d'État</u>	1	La Commission européenne pourrait dresser <u>un bilan régulier</u> des politiques de contrôle des aides d'État et des subventions étrangères, pour <u>s'assurer spécifiquement de leur contribution efficace à la promotion du développement durable</u> et, le cas échéant, pour procéder aux améliorations nécessaires.
	2	En matière de contrôle des subventions étrangères, la Commission européenne pourrait utiliser de façon plus importante <u>son pouvoir d'enquête ex-officio</u> afin de s'assurer que les entreprises bénéficiaires de subventions étrangères ne sont pas susceptibles de procéder à des acquisitions d'entreprises ou de participer à des marchés publics d'une façon qui pourrait nuire à l'innovation des produits ou des services conduisant à une meilleure promotion du développement durable.
Droits de la <u>distribution</u> et de la <u>consommation</u>	1	Le législateur européen pourrait adopter des mesures visant à une <u>plus grande concurrence</u> et <u>une transparence</u> sur <u>le marché de la revalorisation</u> .
	2	Pour assurer la protection des consommateurs, garantir une concurrence loyale entre opérateurs et offrir une plus grande sécurité juridique, le législateur européen pourrait (i) préciser les exigences relatives <u>aux compétences</u> et à <u>la formation</u> (idéalement commune) des <u>vérificateurs agréés</u> en vue de garantir l'intégrité du système de vérification, (ii) définir de manière explicite <u>les standards d'évaluation</u> applicables et (iii) accorder <u>un accès non discriminatoire aux gisements d'appareils</u> et d'établir <u>un processus transparent de reconditionnement</u> pour offrir aux consommateurs une information loyale leur permettant d'arbitrer entre les différentes offres.
	3	Dès lors que chaque publication d'allégation doit dorénavant, en principe, être vérifiée, pour réduire l'encombrement des affaires et atténuer les éventuels délais de traitement supplémentaires causés par un afflux excessif de demandes, le législateur européen pourrait (i) publier <u>une liste préétablie d'autorisations concernant les allégations environnementales</u> (récurrentes, d'usage ou de pratique commerciale ordinaire) ne constituant pas des allégations « à risque » de pratique déloyale, accessible au public, afin de favoriser l'auto-régulation et (ii) <u>automatiser partiellement la vérification de certaines catégories de demandes</u> , notamment celles comportant des contenus récurrents et similaires.
	4	L'Autorité française de la concurrence devrait maintenir <u>une surveillance étroite des systèmes de notation des produits en matière de développement durable</u> visant à l'information des consommateurs, pour s'assurer qu'ils respectent les recommandations formulées par l'Autorité dans son avis récent sur ce sujet (en particulier, en ce qui concerne la

		robustesse, la solidité, la fiabilité et la transparence des données utilisées et des informations fournies aux consommateurs).
--	--	---

1. Comment le droit des pratiques anticoncurrentielles contribue-t-il au développement durable ?

Si le droit des pratiques anticoncurrentielles participe à la promotion du développement durable en fournissant aux entreprises des grilles d'analyse sur la manière dont leurs accords (qui peuvent contribuer davantage à une meilleure durabilité) sera appréhendée par le droit de la concurrence, force est de constater que ce droit contribue aussi à une protection renforcée de la durabilité en s'assurant que les entreprises ne se servent pas de cette dernière comme d'un prétexte à la mise en œuvre d'accords et/ou de comportements entravant la transition vers une économie plus durable en raison de leur objet et/ou de leurs effets anticoncurrentiels.

- **Le droit des pratiques anticoncurrentielles : un outil de promotion de la durabilité**

En matière d'entente anticoncurrentielle, à l'instar d'autres autorités nationales de concurrence², la Commission européenne (la "**Commission**") s'est intéressée aux interactions entre le développement durable et les accords entre entreprises. L'adoption de ses nouvelles lignes directrices applicables aux accords horizontaux en juillet 2023 (les "**Lignes Directrices Horizontales**")³ a ainsi donné lieu à l'intégration d'un chapitre dédié aux « **accords de durabilité** » (notion qui fait désormais l'objet d'une définition autonome par ces lignes directrices⁴). Cette nouveauté majeure est favorablement accueillie par l'AFEC.

Les Lignes Directrices Horizontales indiquent que le caractère anticoncurrentiel d'un accord de durabilité portant sur un ou plusieurs paramètres de concurrence doit, classiquement, être évalué à l'aune de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("**TFUE**"). Dans l'hypothèse où il pourrait être considéré qu'un accord de durabilité restreindrait la concurrence au sens du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE, les parties peuvent essayer de démontrer que cet accord bénéficierait de l'exemption prévue au paragraphe 3 dudit article 101, en s'appuyant sur les nouvelles Lignes Directrices Horizontales de la Commission, ainsi que sur celles relatives aux restrictions verticales adoptées en juin 2022⁵.

Parmi les différents critères d'appréciation de la conformité d'un accord de durabilité avec le droit de la concurrence définis par les Lignes Directrices Horizontales, l'AFEC relève notamment qu'elles considèrent qu'un accord poursuivant un (ou plusieurs) objectif(s) de développement durable pourrait contribuer au **progrès technique ou économique**, c'est-à-dire qu'il entraînerait des **gains d'efficacité**.

S'agissant de la **démonstration de l'existence de gains d'efficacité**, les Lignes Directrices Horizontales indiquent qu'ils ne doivent pas être simplement présumés : ils doivent pouvoir être justifiés, objectifs, concrets et vérifiables (un exemple fourni est celui où le gain d'efficacité résulterait du recul de la contamination des eaux : les parties à l'accord devraient alors expliquer comment l'accord

² L'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM), pionnière en la matière, a publié le 21 janvier 2021, des lignes directrices sur l'appréhension du développement durable par le droit de la concurrence, disponibles sur le site Internet www.acm.nl. L'Autorité autrichienne de concurrence a également publié, en septembre 2022, des lignes directrices applicables aux accords de durabilité, disponibles sur le site Internet suivant www.bwb.gv.at.

³ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2023/C 259/01), 21 juillet 2023.

⁴ Les accords de durabilité se caractérisent par la poursuite d'au moins un objectif de développement durable à savoir « *la lutte contre le changement climatique (par exemple en réduisant les émissions de gaz à effet de serre), la réduction de la pollution, la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, le respect des droits de l'homme, la garantie d'un revenu de subsistance, la promotion des infrastructures résilientes et de l'innovation, la réduction du gaspillage alimentaire, la facilitation de la transition vers une alimentation saine et nutritive, la garantie du bien-être animal* ».

⁵ Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2022/C 248/01).

contribue à ce recul et communiquer une estimation de l'ampleur de l'avantage allégué). Plus précisément, les Lignes Directrices Horizontales font valoir que les éléments fournis doivent pouvoir établir avec une certitude suffisante que des gains d'efficacité ont été réalisés ou le seront. Or les entreprises seront confrontées à une difficulté majeure lors de **la quantification des gains d'efficacité** résultant de leur accord, laquelle provient du fait que les avantages environnementaux résultant d'un accord de durabilité n'ont pas nécessairement une valeur quantifiable propre et immédiate (comme peuvent l'avoir des gains d'efficacité plus « classiques » tels que ceux ayant un impact sur les prix ou sur le niveau la production). Il s'agira plus généralement d'une réduction d'externalités environnementales négatives profitant à la société dans son ensemble (et pas seulement au(x) marché(s) en cause). **Un assouplissement dans l'appréciation, par les autorités de concurrence, de la quantification des gains d'efficacité résultant d'un accord de durabilité permettrait par conséquent une meilleure prise en considération de ces derniers.**

En outre, les Lignes Directrices Horizontales ajoutent que les consommateurs doivent recevoir une **part équitable ces gains d'efficacité**. A cet égard, elles précisent que les bénéfices perçus par les consommateurs doivent être appréciés à partir (i) non seulement des avantages individuels de la valeur d'usage découlant d'un accord de durabilité (qui peuvent, par exemple, se traduire par une meilleure qualité, une diversité accrue, une baisse du prix ou une consommation plus durable de produits ou services), mais aussi (ii) des avantages de la valeur de non-usage⁶ résultant de l'accord, ainsi que, et il s'agit d'une innovation, (iii) des **avantages collectifs** résultant de l'accord.

En effet, la balance des effets positifs et négatifs d'un accord s'effectue habituellement au sein du marché concerné par l'accord. Les Lignes Directrices Horizontales prévoient désormais que lorsque deux marchés sont liés entre eux (ce qui demeure une condition importante), les avantages collectifs découlant d'un accord et produisant leurs effets sur ces deux marchés séparés peuvent être pris en considération, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle profitant des gains d'efficacité soient substantiellement les mêmes. En outre, les Lignes Directrices Horizontales disposent que lorsque les consommateurs sur le marché en cause se croisent de façon substantielle avec le groupe de bénéficiaires en dehors dudit marché (ou qu'ils en font partie), les avantages collectifs dont profitent les consommateurs sur le marché en cause et qui se produisent en dehors de ce marché peuvent être pris en considération à condition qu'ils soient suffisamment importants pour compenser le préjudice que les consommateurs subissent sur le marché en cause.

L'AFEC estime toutefois que ces conditions sont susceptibles d'être encore trop restrictives et, par conséquent, d'être de nature à limiter la possibilité pour les entreprises de démontrer qu'un accord de durabilité produira des avantages collectifs surpassant ses effets négatifs. Du reste, sur ce point, l'AFEC relève que plusieurs autorités nationales de concurrence ont adopté une approche plus souple en ce qui concerne l'appréciation des bénéfices résultant d'accords de durabilité⁷, en instaurant la prise en

⁶ Les profits que le consommateur retire d'un accord peuvent aussi comprendre les profits indirects résultant de l'appréciation (personnelle et individuelle) par le consommateur de l'incidence de sa consommation durable sur les autres, c'est-à-dire sur les produits non-durables ou sur les non-utilisateurs en-dehors du marché en cause.

⁷ C'est le cas de l'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM), qui propose, pour analyser les accords de durabilité, de se concentrer « sur l'identification de la nature des bénéfices dans la mesure du possible » sans exiger une quantification détaillée, et qui considère qu'il devrait être possible, pour les accords environnementaux qui contribuent au respect d'une norme internationale ou nationale à laquelle l'État est tenu, de prendre en compte les avantages dont bénéficient d'autres personnes que les seuls utilisateurs du produit ou service en cause. V. Authority for Consumer and Market, *Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law*, 26 January 2021, points 41 – 48. C'est aussi le cas de l'Autorité britannique de concurrence (CMA), selon laquelle les accords de durabilité profitent en principe à tous les consommateurs britanniques. Par conséquent, les avantages directs et indirects pour les consommateurs du marché en cause, ainsi que les avantages pour l'ensemble des consommateurs britanniques, sont pertinents et devraient être pris en compte dans l'analyse concurrentielle. La restriction de concurrence subie par les consommateurs sur le marché

compte des bénéfices résultant de l'accord pour l'ensemble de la société concernée, sans exiger que les consommateurs du marché pertinent soient *entièrement* compensés des effets de la restriction concurrentielle découlant de l'accord concerné.

En matière d'abus de position dominante, l'AFEC constate qu'il n'existe à ce jour aucune orientation au niveau de l'Union ou au niveau français ayant pour objet de fournir une grille d'analyse aux entreprises sur la manière dont leurs comportements et pratiques unilatérales poursuivant un ou plusieurs objectifs de durabilité pourraient être considérés comme conformes au droit de la concurrence, ce qui est regrettable (par exemple, il pourrait être intéressant de savoir si une pratique consistant en des allégations mensongères faites par une entreprise en position dominante sur le caractère « vert » de ses produits ou services pourrait être considérée comme un éventuel abus, dans le cas où de telles allégations inciteraient les consommateurs à ne plus acheter les produits des concurrents sur le marché en cause, aboutissant à leur exclusion dudit marché).

En matière de procédure de consultation, l'AFEC observe que, lorsqu'elles procèdent à une auto-évaluation de la conformité de leur accord de durabilité ou de leurs comportements unilatéraux avec le droit de la concurrence et qu'elles doutent de leur validité, les entreprises peuvent désormais engager une discussion avec les autorités de concurrence sur cette question :

- En 2021⁸, la Commission a ainsi précisé que sa procédure d'orientations informelles, en vigueur depuis 2004⁹, peut aussi être utilisée par les entreprises pour l'interroger sur la conformité de leurs accords et/ou pratiques poursuivant un objectif de durabilité avec le droit de la concurrence.
- Plusieurs autorités européennes de concurrence ont aussi adopté une politique de « porte ouverte », en encourageant les entreprises à les solliciter pour examiner la compatibilité de leurs projets d'accords de durabilité avec le droit de la concurrence. Dans ce contexte, des orientations informelles ont notamment été fournies aux entreprises par les autorités néerlandaise et allemande de concurrence¹⁰.
- A leur instar, l'Autorité française de la concurrence (« l'**Autorité** ») a également suivi cette approche en adoptant, le 27 mai 2024, à l'issue d'une consultation publique, un communiqué de procédure sur les orientations informelles de l'Autorité en matière de développement durable. Directement inspiré de la procédure mise en place par la Commission, il vise à permettre aux entreprises disposant d'un projet suffisamment avancé, prenant la forme d'un accord entre entreprises ou d'un comportement unilatéral, qui est susceptible d'avoir un impact sur le territoire français et qui soulève des questions sérieuses en droit de la concurrence, de

en cause pourrait donc être compensée par les bénéfices profitant à l'ensemble des citoyens britanniques. V. Consumer and Market Authority, *Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, 12 October 2023, points 27-39.

⁸ Communication de la Commission, du Conseil, des comités économiques et sociaux et du comité des régions, *A competition policy fit for new challenges*, 18 novembre 2021.

⁹ Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles ou non résolues qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (lettres d'orientation), révisée en 2022, JOUE 2022, C 381. Rappelons que le Règlement n°1/2003 autorise la Commission à fournir des orientations informelles aux entreprises, sous la forme d'une lettre, « *lorsqu'une situation crée une incertitude réelle parce qu'elle soulève, pour l'application de ces règles (de concurrence), des questions nouvelles et non résolues* » (Règlement (CE) N°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, considérant 38).

¹⁰ L'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM) a été, à nouveau, pionnière en la matière, en publiant sa première orientation informelle en matière de développement durable en juin 2022 dans l'affaire Shell Total, www.acm.nl

demander à l'Autorité une orientation informelle sur sa conformité au droit de la concurrence. A ce jour, force est de constater que seules deux lettres d'orientations ont été rendues par l'Autorité sur la base de ce mécanisme¹¹. Dès lors, l'AFEC s'interroge sur le fait de savoir si la possibilité, pour l'Autorité, d'ouvrir une enquête à l'encontre d'entreprises auxquelles elle aurait préalablement fourni une lettre d'orientations informelles n'est pas de nature à dissuader ces dernières d'utiliser ce mécanisme.

Par ailleurs, l'AFEC relève que l'Autorité grecque de concurrence a mis en place un mécanisme innovant dit du « bac à sable » (« sandbox ») qui permet aux entreprises de tester des produits, services ou modèles économiques ou mécanismes de prestation novateurs en matière environnementale sans qu'ils soient immédiatement soumis aux contraintes réglementaires habituelles¹².

- **Le droit des pratiques anticoncurrentielles : un outil de protection de la durabilité**

Il ressort de l'analyse de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence européenne et française que des considérations environnementales ont été prises en compte au stade de l'appréciation de la gravité des pratiques anticoncurrentielles en cause :

- Au niveau de l'Union, dans l'affaire des *Émissions des véhicules automobiles*¹³, la Commission a, sur le fondement de l'article 101, paragraphe 1, b) du TFUE, considéré que des entreprises avaient restreint le développement technique en s'étant entendues en vue de reporter l'introduction de systèmes technologiques permettant de réduire les émissions polluantes des voitures à moteur diesel. A cette occasion, la Commission a souligné que cette pratique présentait une gravité d'autant plus forte du fait de l'importance croissante accordée par les consommateurs à la question de la gestion de la pollution automobile.
- Au niveau français, dans l'affaire du *Cartel des revêtements de sol*¹⁴, l'Autorité a considéré que l'accord de non-concurrence conclu entre les entreprises en cause concernant la communication sur les performances environnementales de leurs produits constituait un accord anticoncurrentiel, en ce qu'il a pu les dissuader d'améliorer les performances techniques et d'innover pour accroître la qualité environnementale de leurs produits. Dans une autre affaire concernant le secteur des transports routiers de marchandises¹⁵, l'Autorité a estimé que les actions de boycott des entreprises en cause à l'encontre de nouvelles plateformes numériques d'intermédiation qui proposaient, entre autres, la réduction des retours à vide des transporteurs

¹¹ Dans ses Orientations informelles n° 24-DD-01 du 14 juin 2024, l'Autorité a examiné un projet de guide méthodologique harmonisé de mesure de l'empreinte environnementale de produits de nutrition animale (notamment en termes d'émissions de gaz à effet de serre), pour lequel le rapporteur général a considéré qu'il était nécessaire, pour ce projet qui pouvait être considéré comme un accord de standardisation au sens du chapitre 9 des Lignes Directrices Horizontales, (i) de limiter les échanges d'informations sensibles entre concurrents, (ii) de permettre aux entreprises d'aller plus loin que la méthode collective si elles le souhaitent et (iii) d'utiliser des données individuelles solides en termes scientifiques. Dans ses Orientations informelles n° 25-DD-01 du 29 janvier 2025, l'Autorité a analysé la création d'un système de prise en charge collective des surcoûts et risques associés à la transition agroécologique des exploitations agricoles, au sujet duquel le rapporteur général a souligné la nécessité (i) de fixer des conditions de participation au projet qui soient transparentes, objectives et non discriminatoires (sauf à pouvoir les justifier), (ii) de recourir à des outils robustes en termes scientifiques pour mesurer la transition d'une exploitation et identifier les besoins de financement et (iii) de privilégier le recours à un tiers pour collecter, agréer et anonymiser les informations commercialement sensibles nécessaires à la mise en œuvre du projet.

¹² HCC, [Draft staff discussion paper on sustainability issues and competition law](#), 2020.

¹³ Commission européenne, 8 juillet 2021, aff. AT.40178, *Émissions des véhicules automobiles*

¹⁴ Autorité, décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, §456, notamment : « *Ainsi la pratique en cause revêt, par sa nature même, un caractère de particulière gravité* ».

¹⁵ Autorité, décision n°21-D-21 du 9 septembre 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport routier de marchandises.

(permettant une diminution des émissions de gaz à effet de serre), avaient notamment fait obstacle à l'amélioration de l'efficacité environnementale du secteur. Enfin, plus récemment, dans le cadre de l'affaire du *Bisphénol A*¹⁶, l'Autorité a sanctionné des organismes et syndicats professionnels pour des pratiques visant à empêcher toute concurrence sur la présence ou non de Bisphénol A dans les contenants alimentaires.

Par ailleurs, en ce qui concerne la détermination du montant de la sanction d'une infraction au droit de la concurrence, l'AFEC relève qu'à l'occasion de l'adoption du nouveau Communiqué relatif à la détermination des sanctions pécuniaires en 2021, l'Autorité a indiqué que dans son appréciation de la gravité des faits en cause, il est aussi pris en considération l'atteinte portée à l'environnement en tant que paramètre de concurrence¹⁷.

Au vu des éléments qui précèdent, l'AFEC recommande aux autorités de concurrence :

(i) D'adopter une approche plus souple en ce qui concerne l'appréciation des gains d'efficacité résultant d'un accord de durabilité (en ce compris leur quantification), en particulier en prenant en considération les effets positifs d'un tel accord pour l'ensemble de la société (et non seulement pour les consommateurs concernés par l'accord en question). Les procédures d'orientations informelles utilisées par plusieurs autorités de concurrence pourraient constituer un moyen adéquat pour engager des discussions plus poussées entre les entreprises et les autorités de concurrence sur ce sujet.

(ii) D'adopter des lignes directrices propres à l'appréhension du développement durable par le droit des abus de position dominante, afin de fournir des éclaircissements aux entreprises sur la manière dont leurs comportements unilatéraux poursuivant un ou plusieurs objectifs de durabilité pourraient être considérés comme conformes au droit de la concurrence.

(iii) S'agissant plus spécifiquement de la procédure d'orientations informelles mise en place par l'Autorité, de dresser un bilan à l'issue de l'année 2025 (incluant la période 2024) pour évaluer l'efficacité de ce dispositif et, en particulier, de vérifier s'il ne serait pas nécessaire d'offrir des garanties accrues aux entreprises y ayant recours (par exemple, une immunité d'amende lorsqu'elles mettent en œuvre, de bonne foi, un accord préalablement examiné et approuvé par l'Autorité (le cas échéant, en se conformant aux conditions énoncées dans la décision de l'Autorité)), afin d'encourager son utilisation et de favoriser les accords et comportements d'entreprises contribuant à une meilleure durabilité.

(iv) D'intégrer, dans leurs futures décisions de sanctions de pratiques anticoncurrentielles, une motivation plus détaillée sur la manière dont l'atteinte portée à l'environnement par les pratiques en cause impacte les différents paramètres utilisés pour calculer le montant de l'amende appliquée.

¹⁶ Autorité, décision n° 23-D-15 du 29 décembre 2023 relative à des pratiques dans le secteur de la fabrication et la vente de denrées alimentaires en contact avec des matériaux pouvant ou ayant pu contenir du bisphénol A. Voir en particulier §1676 : « un accord de non-communication sur un critère de qualité des produits revêt, par sa nature même, une particulière gravité »

¹⁷ Autorité, Communiqué de procédure relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 30 juillet 2021, §28.

2. Comment les règles relatives au contrôle des concentrations contribuent-elles au développement durable ?

A l'issue d'une revue des pratiques des autorités de concurrence française, européennes et non-européennes, l'AFEC constate que la question qui se pose actuellement est de savoir **si la notion de développement durable est effectivement intégrée au sein du contrôle des concentrations.**

- **La pratique décisionnelle française**

Au stade de la définition du marché pertinent, qui constitue une étape essentielle en matière de contrôle des concentrations, puisqu'elle permet de délimiter le périmètre au sein duquel la concurrence s'exerce mais également de déterminer les pouvoirs de marché des différents acteurs, l'AFEC a relevé que, dans une opération relative à l'entrée de Storengy, filiale d'Engie, au capital de DMSE¹⁸, l'Autorité a examiné, pour la première fois en janvier 2021, les marchés de la production et de la distribution d'hydrogène, ainsi que le marché du développement, de la construction et de l'installation de stations à hydrogène. En l'espèce, l'Autorité s'est aussi intéressée au **marché de la fourniture au détail d'électricité dite "verte"**. A ce titre, elle a constaté l'accroissement de la demande des consommateurs pour une telle offre. **L'Autorité a ainsi relevé une moindre substituabilité** entre la **fourniture au détail d'électricité verte** et celle de **l'électricité traditionnelle**, de sorte qu'un **marché spécifique de l'électricité verte pourrait exister**.

En outre, toujours en 2021, dans une décision relative aux marchés de l'approvisionnement et de la distribution au détail de produits à dominante alimentaire¹⁹, l'Autorité a conclu, à l'issue notamment d'un sondage effectué auprès des consommateurs, à l'existence d'un **marché spécifique de la distribution au détail de produits à dominante alimentaire biologiques**, distinct de celui des produits conventionnelles (étant précisé qu'elle a aussi apprécié les effets de l'opération en question sur un marché amont de l'approvisionnement en produits biologiques, lui aussi distinct du marché des produits conventionnels).

⇒ L'Autorité définit désormais les marchés concernés par une opération de concentration en prenant en compte le **développement durable** comme **paramètre de substituabilité**.

Au stade de l'analyse concurrentielle, dans une affaire concernant le transport d'hydrocarbures par oléoducs, l'Autorité a interdit l'acquisition, par le groupe Ardian, de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône²⁰, en dépit des arguments soulevés par le groupe Ardian selon lesquels, à l'issue de l'opération, **il aurait orienté la politique commerciale de la cible dans le sens de la transition énergétique**. Sur ce point, l'Autorité a rejeté cette analyse en considérant que le groupe Ardian n'avait pas démontré que l'opération notifiée était susceptible de générer des gains d'efficacité (en ce compris ceux liés à la contribution au développement durable) de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération. Néanmoins, l'Autorité a précisé que **des gains de nature écologique** pourraient, en théorie, être recevables en vue de contrebalancer les risques d'atteinte à la concurrence résultant d'une opération de concentration.

¹⁸ Autorité, décision n°21-DCC-18 du 29 janvier 2021 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Dijon Métropole Smart Energy par Dijon Métropole et les sociétés Storengy et Rougeot Energy Invest.

¹⁹ Autorité, décision n°21-DCC-161 du 10 septembre 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités du groupe Bioc' Bon par la société Carrefour France.

²⁰ Autorité, décision n° 21-DCC-79 du 12 mai 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la société Transport Stockage Energies.

⇒ Cette décision de l'Autorité met en lumière les difficultés à quantifier un gain d'efficience durable. De tels gains d'efficience sont souvent plus perceptibles sur le **long terme** alors même que pour être retenus, les gains d'efficience doivent intervenir en temps utile. De plus, la **notion de développement durable est une notion large**, et la **quantification du gain d'efficience doit être justifiée** de manière objective, concrète et vérifiable.

- **La pratique décisionnelle européenne**

Au stade de la définition du marché pertinent, l'AFEC a constaté que la Commission a eu l'occasion de définir des **marchés distincts pour les bananes conventionnelles et les bananes issues du commerce équitable et/ou de l'agriculture biologique**²¹. En outre, la Commission a estimé que le marché du tri des déchets d'emballages légers est strictement national, **les coûts environnementaux étant reconnus comme un paramètre pertinent pour l'évaluation de la définition du marché géographique** pour le tri des emballages légers aux Pays-Bas²². Dans quelques cas, la Commission a mentionné et analysé les préférences durables des consommateurs, tout en laissant la **définition du marché ouverte**²³.

⇒ La Commission prend en compte, dans **l'analyse de la substituabilité de l'offre ou de la demande**, des **considérations de développement durable**. Cela s'explique le plus souvent par une **préférence croissante des consommateurs** pour des produits issus de **l'agriculture biologique** ou du **commerce équitable**.

Par ailleurs, l'AFEC a remarqué que, dans sa « **Communication sur le marché pertinent** »²⁴, dans laquelle la Commission fait référence aux différents « paramètres de concurrence » que les clients considèrent comme pertinents sur le territoire et la période évalués aux fins de la définition du marché pertinent en cause²⁵, bien que le caractère durable soit explicitement repris par la Commission dans la liste de « critères » devant être pris en compte, une définition plus précise du terme « durabilité » serait opportune, tant du point de vue du marché de produits que du marché géographique :

- S'agissant du marché de produits, et alors que les jurisprudences nationales ont déjà eu l'occasion d'analyser l'existence éventuelle de marchés « verts »²⁶, il ne serait pas opportun d'uniquement considérer l'existence de marchés de produits « verts » et ceux qui ne le sont pas. Au contraire, la notion de « durabilité » va au-delà d'une simple dichotomie entre « vert » et « non-vert » pour également couvrir des notions plus large, comme la Commission le souligne elle-même dans ses Lignes Directrices Horizontales (voir *supra*), et ainsi que l'Autorité le rappelle dans le cadre de son Communiqué relatif aux orientations informelles en matière de développement durable du 27 mai 2024²⁷. Adopter une définition similaire de la « durabilité » dans le cadre du contrôle des concentrations permettrait, dès lors que ces considérations sont

²¹ Décisions de la Commission M.7220 du 3 octobre 2014, CHIQUITA BRANDS INTERNATIONAL/ FYFFES et M.8829 du 30 juillet 2018, TOTAL PRODUCE / DOLE FOOD COMPANY.

²² Décision de la Commission M.10047 du 14 avril 2021, SCHWARZ GROUP / SUEZ WASTE MANAGEMENT COMPANIES.

²³ Décision de la Commission M.10212 du 20 octobre 2021, ANDEL / ENERGI DANMARK : la question de l'existence d'un marché pertinent spécifique à l'électricité verte est laissée ouverte.

²⁴ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (C/2024/1645).

²⁵ Paragraphe 15 de la nouvelle Communication sur le marché pertinent.

²⁶ Autorité, décision n°21-DCC-18 du 29 janvier 2021 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Dijon Métropole Smart Energy par Dijon Métropole et les sociétés Storengy et Rougeot Energy Invest.

²⁷ Sont ainsi visés « *les questions de lutte contre le changement climatique, de préservation des ressources naturelles, de lutte contre la perte de biodiversité, de respect des droits humains, de garantie d'un revenu équitable, de garantie d'une alimentation saine, ou encore d'amélioration du bien-être animal* ».

pertinentes dans le cadre de l'analyse de substituabilité des produits/services concernés, d'adopter, ou de considérer, des définitions de marché se rapprochant des considérations actuelles en termes de développement durable.

- En ce qui concerne le marché géographique, les lignes directrices sur le marché pertinent semblent uniquement prendre en compte, au titre de la durabilité, les « coûts environnementaux », prenant en exemple le marché du tri des emballages légers²⁸. La prise en compte du caractère « durable » dans le cadre de la définition de marché géographique devrait inclure les considérations tant économiques que non-économiques pour les entreprises.

Au stade de l'analyse concurrentielle, dans une décision concernant le marché de l'aluminium²⁹, la Commission a considéré que l'entité résultant de l'opération en cause aurait la capacité de bloquer l'accès à l'aluminium recyclé destiné à la fabrication des canettes en aval, et aux services de recyclage des crasses et des scories sodiques. Les mesures correctives proposées par les parties ont toutefois permis d'éliminer les problèmes de concurrence. Il en résulte que les produits en cause dans l'opération présentaient des caractéristiques durables susceptibles de **constituer des barrières à l'entrée pour d'autres concurrents**. Sur le marché des adjuvants chimiques, les capacités d'innovation des entreprises parties à l'opération ont été considérées comme étant un élément clé de leurs positions de leader sur le marché et de leur force concurrentielle. Dans ces conditions, la Commission, craignant que l'opération³⁰ **restreigne l'incitation à innover** des concurrents restants, a accepté les engagements pris par SIKA. Ainsi, une opération de concentration peut avoir pour effet d'influencer le niveau ou l'intensité d'innovation et de R&D portant sur des paramètres durables.

⇒ **Aucune décision de la Commission ne reconnaît l'existence de gains d'efficience durables à ce jour.**

Par ailleurs, l'AFEC relève que, selon les lignes directrices grecques, une nouvelle approche consisterait à considérer que le développement durable tomberait sous le coup de la sécurité publique de sorte qu'il pourrait être reconnu comme un intérêt légitime par un État membre.

Au stade des engagements, l'AFEC relève enfin que, pour répondre aux préoccupations concurrentielles de la Commission³¹, Sika a proposé de céder l'activité d'adjuvants chimiques de MBCC dans divers pays, notamment ses installations mondiales de R&D.

⇒ **Un nombre croissant de considérations de durabilité entrent en compte lorsque la Commission accepte les engagements proposés par les entreprises.**

- **La pratique décisionnelle internationale (Brésil, Australie, Royaume-Uni)**

Au Brésil, l'AFEC a relevé une initiative intéressante dite « Catena-X »³², qui visait à **créer une plateforme numérique pour permettre des échanges de données dans la chaîne d'approvisionnement du secteur automobile** - en particulier, les fournisseurs et leurs clients

²⁸ Décision de la Commission M.10047 du 17 décembre 2021, Schwarz Group/Suez Waste Management companies, note de bas de page n°96.

²⁹ Décision de la Commission M.10702 du 19 octobre 2022, KPS CAPITAL PARTNERS / REAL ALLOY EUROPE.

³⁰ Décision de la Commission M.10560 - SIKA / MBCC (2023).

³¹ *Ibid.*

³² Processo n° 08700.004293/2022-32.

échangeant entre eux **des données sensibles non concurrentielles**³³. La CADE³⁴ a **approuvé la transaction sans mesures correctives**. Le tribunal de la CADE a été appelé à examiner l'initiative et a exprimé des préoccupations concernant **l'échange d'informations entre concurrents, dont il a estimé que certaines pouvaient en réalité être considérées comme commercialement sensibles**, ainsi qu'à propos de **l'augmentation du pouvoir de coordination** résultant de l'initiative. **Les parties à l'entreprise commune ont proposé un ensemble de mesures correctives comportementales**. Dans une autre affaire, la CADE a approuvé une entreprise commune dans le secteur agricole, dont l'objectif était de **créer une plateforme de données B2B mondiale pour suivre et normaliser la mesure de la durabilité dans les chaînes d'approvisionnement agricoles**. L'entreprise commune approuvée présente des similitudes avec l'initiative bloquée Catena-X, car toutes deux visent à développer une infrastructure de données interopérables tout au long de la chaîne de valeur. Si la CADE a identifié dans les deux cas une préoccupation potentielle concernant l'échange d'informations commercialement sensibles, **elle a semblé plus à l'aise avec l'entreprise commune agricole qui semblait avoir un champ d'application plus étroit**, ainsi que **des "garde-fous"** appropriés mis en œuvre de manière proactive pour structurer et limiter le nombre de destinataires de ces informations.

En Australie, l'AFEC a observé que l'ACCC³⁵ a, pour la première fois, autorisé sous conditions une acquisition sur la **base des gains d'efficacité** allégués pour l'environnement, concernant le projet d'acquisition d'Origin Energy par Brookfield et MidOcean. L'ACCC a conclu que les **gains d'efficacité liés au développement durable dans le cadre de la transition vers les énergies renouvelables en Australie l'emporteraient sur les inconvénients pour le public**. Le développement durable est, depuis peu, au cœur des interventions de l'ACCC et de sa présidente.

Au Royaume-Uni, l'AFEC constate que, dans ses lignes directrices sur l'évaluation des concentrations publiées en mars 2021, l'Autorité britannique de concurrence (CMA) a indiqué qu'elle prenait désormais en compte les gains d'efficacité environnementaux.

Au vu de ces éléments, l'AFEC recommande :

(i) de mettre en œuvre des mesures correctives durables et contraignantes en conditionnant les autorisations de concentrations à des engagements de maintien ou à des engagements de développement de l'innovation en matière de durabilité.

(ii) d'adopter un cadre temporel à l'analyse des effets d'une opération de concentration plus long ainsi qu'une approche plus souple concernant la quantification des gains d'efficacité, permettant de détecter et de prendre en compte davantage les potentiels gains d'efficacité qui mettent du temps à se concrétiser.

(iii) d'intégrer, dans la Communication de la Commission sur le marché pertinent, une définition plus précise et encadrée du critère de durabilité.

³³ Les interruptions dans la chaîne d'approvisionnement ou le calcul des émissions de CO2.

³⁴ Conseil administratif de la défense économique

³⁵ Australia Competition and Consumer Commission.

3. Comment les règles relatives aux aides d'État contribuent-elles au développement durable ?

La législation européenne sur les aides d'État, longtemps principal instrument de promotion du développement durable par le droit européen de la concurrence, s'est récemment enrichie de nouvelles règles propres au contrôle des subventions étrangères.

- Les aides d'État : outil traditionnel de promotion du développement durable

Le régime européen des aides d'État participe significativement à la promotion de la durabilité et ce, en particulier, par le biais des lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie (les "**Lignes Directrices**")³⁶, adoptées en janvier 2022, qui ont apporté aux États et aux entreprises des précisions utiles quant aux critères d'appréciation de la compatibilité des aides publiques en matière de protection de l'environnement et du climat, ainsi qu'en matière d'énergie, avec le droit de l'Union. Elles ont vocation à compléter le Règlement général d'exemption par catégorie adopté en vertu de l'article 1^{er} du Règlement (UE) 2015/1588 du Conseil définissant les conditions de compatibilité *ex ante* applicables aux mesures d'aides d'État ne devant pas faire l'objet d'une notification préalable à la Commission.

Dans le détail, les Lignes Directrices ont considérablement modernisé le cadre juridique applicable en matière d'aides d'État par une inclusion des objectifs du Pacte vert³⁷, à savoir notamment :

- En insérant de nouvelles sections dédiées aux aides pour (i) les activités permettant de réduire ou d'éviter les émissions de gaz à effet de serre, (ii) la performance énergétique, (iii) l'hydrogène renouvelable et (iv) la mobilité propre.
- En élargissant les catégories d'investissements et de technologies éligibles, pour une intégration des aides susceptibles de contribuer à la réalisation des objectifs du Pacte vert.
- En consacrant une nouvelle section aux aides permettant la prévention, ou favorisant la réduction, de la pollution autre que celle due aux gaz à effet de serre (sonore, utilisation efficace des ressources et de l'économie circulaire, biodiversité, réparation des dommages environnementaux).
- En dédiant une section spécifique aux aides encourageant les investissements dans des domaines phares, tels que la performance énergétique des bâtiments ou une mobilité propre couvrant tous les modes de transport.
- En modifiant les règles relatives aux réductions de certaines taxes sur l'électricité pour les gros consommateurs d'énergie. Ainsi, dans l'objectif de maintenir des conditions de concurrence équitables, les Lignes Directrices prennent en compte des indicateurs objectifs, liés au secteur concerné, qui encouragent une décarbonisation progressive.
- En supprimant les subventions en faveur des combustibles fossiles les plus polluants.
- En supprimant l'obligation de notification individuelle des grands projets écologiques au titre de régimes d'aides déjà autorisés par la Commission afin de permettre une meilleure flexibilité dans leur mise en pratique.

³⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52022XC0218%2803%29>

³⁷ 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.

L'AFEC considère que les Lignes Directrices, associées au Règlement général d'exemption par catégorie qui définit les conditions de compatibilités *ex ante*, permettent actuellement une promotion efficace du développement durable, tout en offrant une prévisibilité et en garantissant une sécurité juridique importante pour les États et les entreprises aux fins de l'appréciation de la compatibilité d'aides publiques en matière environnementale avec le droit de l'Union.

- **Le contrôle des subventions étrangères : nouvel outil de promotion du développement durable**

Le Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (le « **RSE** »), qui est entré en vigueur le 12 janvier 2023 et a été complété par un règlement d'exécution du 10 juillet 2023, a instauré un nouveau régime permettant à la Commission de lutter contre les distorsions de concurrence causées dans le marché intérieur par des contributions financières accordées par des pays tiers à l'UE.

Ainsi que l'a souligné la Commission³⁸, les subventions étrangères peuvent conférer à leurs bénéficiaires un avantage indu pour acquérir des entreprises (par exemple, au moyen d'une subvention directe et d'une garantie avantageuse d'un État tiers à l'UE sur un prêt accordé à l'acquéreur) ou pour obtenir des marchés publics dans l'UE (notamment, en soumettant une offre à un prix peu élevé grâce à des subventions directes reçues d'un pays non-membre de l'UE). Les bénéficiaires de subventions étrangères sont susceptibles d'évincer des entreprises non subventionnées, **de nuire à l'innovation** et d'avoir une incidence négative sur la qualité et le choix des biens et services de consommation, ce qui pourrait notamment **porter atteinte à la promotion du développement durable dans le marché intérieur**.

Pour lui permettre de lutter efficacement contre ces risques de distorsion de concurrence, le RSE a accordé de nouvelles compétences à la Commission à travers la mise en place :

- d'une part, de **mécanismes de notification préalable** des contributions publiques reçues par une entreprise d'un État tiers dans le cadre d'une opération de concentration ou d'une offre soumise pour un marché public, dès lors que des seuils de chiffres d'affaires et de montants de contributions financières en cause sont atteints³⁹. Ce contrôle *a priori* comprend une phase d'examen préliminaire et, lorsqu'il existe des preuves suffisantes de l'existence d'une subvention génératrice de distorsions, une phase d'enquête approfondie.
- d'autre part, pour toutes les autres situations de marché, **un pouvoir d'enquête ex-officio** autorisant la Commission à ouvrir, de sa propre initiative, une enquête lorsqu'elle soupçonne l'existence de subventions étrangères génératrices de distorsions.

³⁸ Voir: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrial-strategy/foreign-subsidies-regulation_fr

³⁹ Plus précisément, le RSE prévoit que les entreprises doivent notifier à la Commission une opération de concentration lorsque (i) l'entreprise acquise, une des parties à la fusion ou l'entreprise commune génère un chiffre d'affaires dans l'UE d'au moins 500 millions d'euros et (ii) la contribution financière étrangère concernée est de plus de 50 millions, tandis que les entreprises doivent aussi notifier à la Commission toute participation à des procédures de passation de marchés publics, lorsque (i) la valeur estimée du marché est d'au moins 250 millions d'euros et (ii) la contribution financière étrangère concernée est d'au moins 4 millions d'euros par pays non-membre de l'UE.

A ce jour, la Commission européenne n'a annoncé l'ouverture d'enquêtes approfondies qu'à la suite de notifications effectuées dans le cadre de marchés publics, concernant **le secteur du transport ferroviaire électrique**⁴⁰ et celui des **énergies renouvelables** (parcs photovoltaïques)⁴¹.

L'AFEC constate que le nouveau mécanisme de contrôle a priori approfondi des subventions étrangères dont dispose la Commission n'a, pour le moment, été utilisé que dans des **secteurs au cœur de la transition écologique**, à savoir le transport ferroviaire et les énergies renouvelables, qui permettent de réduire considérablement les émissions de CO2 dans les domaines des transports publics et de la production d'électricité.

Compte tenu de ces éléments, l'AFEC recommande à la Commission de :

(i) Dresser un bilan régulier de sa politique de contrôle des aides d'État et des subventions étrangères, pour s'assurer de leur contribution efficace à la promotion du développement durable et, le cas échéant, pour procéder aux améliorations nécessaires.

(ii) Faire un usage accru de son pouvoir d'enquête *ex-officio* pour s'assurer que les entreprises bénéficiaires de subventions étrangères ne sont pas susceptibles de procéder à des acquisitions d'entreprises ou de participer à des marchés publics d'une façon qui pourrait nuire à l'innovation des produits ou des services conduisant à une meilleure promotion du développement durable, ce qui aurait une incidence négative sur la qualité des produits et services en cause et, *in fine*, sur le bien-être des consommateurs.

⁴⁰ Enquête ouverte le 16 février 2024, à propos d'un marché public lancé par le ministère bulgare des transports pour la fourniture de trains électriques – cette enquête fait suite à une notification déposée par CRRC Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd., une filiale de l'entreprise chinoise CRRC Corporation, le plus grand constructeur mondial de matériel roulant en termes de recettes (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_24_887).

⁴¹ Enquête ouverte le 3 avril 2024 à propos d'un marché public lancé par le pouvoir adjudicateur roumain portant sur la conception, la construction et l'exploitation d'un parc photovoltaïque en Roumanie – cette enquête fait suite à une notification effectuée par, d'une part, le groupe ENEVO, qui inclut LONGi Solar Technologie GmbH, et d'autre part, Shanghai Electric UK Co. Ltd. et Shanghai Electric Hong Kong International Engineering Co. Ltd (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_24_1803).

4. Comment les droits de la distribution et de la consommation contribuent-ils au développement durable ?

L'AFEC relève que, dans le cadre du Pacte vert ("Green Deal") pour l'Europe de décembre 2019, la Commission s'est engagée à habiliter les consommateurs à faire des choix éclairés et à jouer un rôle actif dans la transition écologique. Elle a ainsi proposé une mise à jour du cadre juridique de l'Union en matière de **protection des consommateurs**, notamment concernant la lutte contre l'écoblanchiment pour contribuer à l'objectif de neutralité carbone à l'horizon 2050.

L'économie circulaire, en tant que modèle visant à atténuer l'impact environnemental et à encourager la réutilisation des ressources, représente par ailleurs un enjeu central dans les problématiques contemporaines liées à la durabilité des produits. Cette approche englobe l'intégration du cycle de vie, de l'écoconception, ainsi que de la gestion des déchets, notamment à travers le mécanisme de responsabilité élargie des producteurs (« REP »).

Afin d'éliminer les allégations environnementales trompeuses, l'AFEC constate que, en complément des sanctions actuellement prévues par le Code de la consommation (lesquelles sont régulièrement durcies) au titre des pratiques commerciales trompeuses⁴², deux textes principaux ont été, ou vont être, adoptés afin de mettre en place des mesures visant à garantir que les acheteurs obtiennent des informations fiables, comparables et vérifiables sur les biens et les services qu'ils sont susceptibles d'acquérir :

- **La Directive (UE) 2024/825 (dite "Transition"), adoptée le 28 février 2024, et entrée en vigueur le 26 mars 2024, a modifié les directives 2005/29/CE (sur les pratiques commerciales déloyales) et 2011/83/UE (sur le droit des consommateurs).**

Elle doit être transposée par les États membres de l'Union européenne au plus tard le 27 mars 2026.

Cette directive constitue une *lex specialis* visant à renforcer la protection contre les pratiques commerciales trompeuses (allégations environnementales trompeuses) et elle s'applique extensivement à l'ensemble des pratiques commerciales des entreprises, qu'elles soient antérieures, concomitantes ou postérieures à une transaction commerciale.

Elle a notamment permis l'intégration de douze nouvelles pratiques dans la liste des pratiques interdites et réputées déloyales en toutes circonstances. Sont ainsi concernés les allégations environnementales (génériques), les affirmations, les communications commerciales, les présentations, les affichages de labels, l'incitation, la dissimulation et les publicités d'avantages, qui ne correspondent pas à la réalité.

- **Parallèlement, la proposition de directive sur les allégations écologiques du 22 mars 2023 (2023/0085/COD, dite "Green Claims"), est en cours d'examen.**

⁴² Soulignons qu'elles sont aussi encadrées d'un point de déontologique, (1) par le guide de l'ADEME sur la neutralité carbone : <https://librairie.ademe.fr/changement-climatique/4524-avis-de-l-ademe-la-neutralite-carbone.html>, (2) le guide ICC (chambre de commerce internationale) qui sert de base de référence en terme déontologue publicitaire : https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2024/10/ICC_2024_MarketingCode_FRE.pdf, (3) les recommandations de l'ARPP (Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité en France) : <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/>, (4) le guide du CNC sur les allégations environnementales: https://www.economie.gouv.fr/files/2023-05/Guide_allegat_environ_fr_2012.pdf?v=1685025927.

Cette proposition cible les déclarations environnementales explicites (écrites ou orales), y compris celles qui sont comparatives, ainsi que les labels environnementaux, qu'ils soient publics ou privés, actuels ou futurs.

Elle exige que les allégations soient transparentes et justifiées, considérant l'économie circulaire, tout en préconisant une validation ex ante par des vérificateurs accrédités indépendants (à approuver dans un délai de 30 jours ou moins, selon des modalités encore à définir) avant leur diffusion et la simplification des procédures d'exemption liées à cette vérification.

Elle limite **la prolifération des labels environnementaux**, en **interdisant** la création de **nouveaux systèmes de labels** environnementaux **publics** au niveau national ou régional. De nouveaux **labels privés pourraient** toutefois **être introduits s'il peut être démontré** qu'ils revêtent une **valeur ajoutée** en matière **d'ambition environnementale et de prise en compte des incidences, caractéristiques et performances environnementales**, par rapport aux systèmes existants du droit de l'Union ou des Etats membres.

Elle introduit **une obligation de transparence sur les allégations climatiques** : les **allégations fondées** uniquement sur les **systèmes de compensation des émissions de carbone** seront **interdites** et les **crédits carbone** devront être **certifiés** conformément au programme de certification européenne pour la réduction de carbone.

Elle met en place une **interdiction potentielle des allégations** environnementales **sur les produits contenant des substances dangereuses**, plus précisément pour certains produits en raison **de la simple présence de substances dangereuses**, quand bien même ces substances seraient déjà réglementées par d'autres actes législatifs européens et pourraient permettre de meilleures performances environnementales pour ces produits.

Elle introduit aussi de nouvelles exigences pour prouver les réclamations liées au climat, y compris celles relatives aux crédits carbone.

Enfin, elle promeut l'adoption de mesures d'aide pour les petites et moyennes entreprises en vue de la conformité (en son article 12).

L'AFEC salue les mesures de contrôle renforcé et les formalités additionnelles visant à dissuader les pratiques déloyales, mais observe que ces obligations risquent d'entraîner des coûts administratifs significatifs pour les entreprises, afin d'en garantir la conformité.

En particulier, le délai de 30 jours pour la validation *ex ante* des allégations tel que prévu par la proposition de Directive « Green Claims » peut s'avérer long, notamment dans un contexte commercial où la concurrence et la compétitivité sont également influencées par des facteurs temporels tels que les délais, les calendriers et les phases internes précédant le lancement d'un produit sur un marché en rapide évolution. En outre, les exemptions et délais additionnels accordés aux microentreprises et PME pour l'application des règles pourraient constituer un moyen structurel pour les grandes entreprises de contourner les régulations, en recourant à des stratégies, telles que l'intrapreneuriat ou la fragmentation du marché par l'innovation et l'externalisation des projets internes au sein du groupe.

Cependant, les allégations problématiques visées par les Directives concernent majoritairement des cas "non évidents", lesquels sont influencés par divers facteurs complexes liés à l'économie comportementale et à la psychologie des consommateurs.

L'AFEC relève également que l'état des connaissances scientifiques pouvant servir de justification n'est pas nécessairement définitif ni incontesté, en particulier dans les domaines innovants de l'énergie et de la technologie. Il semble essentiel que les vérificateurs disposent de compétences en matière de durabilité, d'évaluation technique et de réglementation environnementale. De surcroît, une expertise ou une formation complémentaire dans les domaines du marketing, de la communication, de l'économie comportementale, de l'analyse de données ou de la psychologie pourrait s'avérer utile pour garantir une vérification adaptée aux enjeux actuels. Afin d'assurer l'efficacité et la crédibilité du dispositif de vérification des allégations, il est également nécessaire de préciser les exigences relatives aux compétences et à la formation (idéalement commune) des vérificateurs agréés en vue de garantir l'intégrité du système de vérification.

En outre, l'impact et le rôle des vérificateurs en matière de responsabilité, de sanctions et d'application des règles de conformité restent ambigus. Si une entreprise ne peut pas se prévaloir d'une décision de vérification (d'approbation) en cas de litige ou de réclamation, cela pourrait remettre en question la crédibilité et la légitimité du système de vérification.

L'ensemble de ces éléments pourraient aboutir à une augmentation de la tendance dite du "**greenhushing**" (pratique par laquelle des entreprises, de façon délibérée, minimisent ou abandonnent leurs actions publiques, en particulier toute communication, en lien avec l'environnement par crainte d'éventuelles sanctions). **En effet, si la réglementation en vigueur est trop dissuasive, cela pourrait potentiellement accentuer cette tendance.**

Par ailleurs, l'AFEC est également attentive à la démarche d'écoconception des produits visant à favoriser l'allongement de la durée de vie desdits produits et à soutenir les réseaux de réemploi, de réutilisation et de réparation, tels que ceux gérés par les structures de l'économie sociale et solidaire.

Cet objectif doit viser tous les marchés identifiés⁴³ : « **marché d'adhésion** » (service offert aux producteurs), celui de la **collecte sélective** et celui de la « **valorisation** » qui concerne les repreneurs et les filières qui valorisent les matériaux⁴⁴.

La loi anti-gaspillage pour une économie circulaire (« AGEC ») du 11 février 2020 a élargi les filières soumises à la REP, bien que la liste des secteurs, qui privilégie notamment les biens à risque, demeure incomplète.

Par ailleurs, la loi AGEC a instauré un cadre réglementaire distinguant la collecte et le réemploi / la valorisation des déchets des filières soumises à la REP. Ainsi, elle a permis de conforter la délimitation

⁴³ Décisions de la Commission du 20 avril 2001 (2001/463/CE, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland AG, JOCE L 166, p. 1) et du 15 juin 2001 (2001/663/CE, Eco-Emballages, JOCE L 233, p. 37).

⁴⁴ Autorité, décision n° 09-D-26 du 29 juillet 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT international dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, §39 : « Dans ce cas, il y aurait « en amont » un marché de l'achat direct aux collectivités de leurs déchets d'emballages en plastique triés, sur lequel seraient concurrents Valorplast, les repreneurs des fédérations ou d'autres repreneurs, industriels ou intermédiaires, comme DKT. Il s'agit d'une activité d'intermédiaire de reprise des déchets aux collectivités afin de les revendre, soit à un nouvel intermédiaire, soit directement en aval aux entreprises de recyclage, qui transforment ces déchets en matière première secondaire. Il peut cependant arriver que des recycleurs reprennent les tonnes triées sans intermédiation ».

des marchés de collecte et de valorisation, telle que retenue par la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence.

Ce cadre favorable à la valorisation peut faire apparaître de nouveaux opérateurs entrant sur le marché de la revente de produits de seconde vie en concurrence avec les produits neufs, comme ceci a pu être constaté sur le secteur des téléphones mobiles. La stimulation de concurrence des produits reconditionnés est un avantage pour les consommateurs qui peuvent accéder à moindre coût à des produits remis à niveau et vérifiés.

Cependant, l'AFEC observe que divers obstacles peuvent apparaître : (i) les difficultés d'accès aux produits pouvant être reconditionnés pouvant venir concurrencer le neuf⁴⁵ ; (ii) la qualité du reconditionnement ; et (iii) la présentation déloyale et trompeuse pour les consommateurs du reconditionnement⁴⁶.

Par ailleurs, l'AFEC relève et salue l'initiative prise par **l'Autorité de s'autosaisir sur la question de la conformité des systèmes de notation des produits en matière de développement durable dont l'objet est d'informer consommateurs**, ayant conduit l'Autorité à rendre un avis, le 9 janvier 2025⁴⁷, dans lequel elle souligne les effets positifs de tels systèmes, tout en recommandant que les éditeurs de système de notation veillent à la robustesse des données utilisées, à la solidité de la méthode de calcul (critères de notation et pondération accordée à chacun d'eux), à la fiabilité (exactitude et précision) et à la transparence de leur système de notation (source de financement, liens avec des entités tierces, participants à la conception du système, etc.), ce afin de ne pas fausser la concurrence entre les produits et services notés.

Au vu de ce qui précède, l'AFEC suggère au législateur européen :

(i) D'adopter des mesures visant à une plus grande concurrence et une transparence sur le marché de la revalorisation.

(ii) Pour assurer la protection des consommateurs et garantir une concurrence loyale entre opérateurs et offrir une plus grande sécurité juridique : (a) de préciser les exigences relatives aux compétences et à la formation (idéalement commune) des vérificateurs agréés en vue de garantir l'intégrité du système de vérification ; (b) de définir de manière explicite les standards d'évaluation applicables ; et (c) d'accorder un accès non discriminatoire aux gisements d'appareils et d'établir un processus transparent de reconditionnement pour offrir aux consommateurs une information loyale leur permettant d'arbitrer entre les différentes offres.

(iii) Étant donné que chaque publication d'allégation doit, en principe, être vérifiée, pour réduire l'encombrement des affaires et atténuer les éventuels délais de traitement supplémentaires causés par un afflux excessif de demandes : (a) d'établir une liste préétablie d'autorisations concernant les allégations environnementales (récurrentes, d'usage ou de pratique commerciale ordinaire) ne constituant pas des allégations « à risque » de pratiques déloyales, accessible au public, afin de favoriser l'auto-régulation et (b) d'automatiser partiellement de la

⁴⁵ En dehors de la téléphonie mobile et des voitures d'occasions reconditionnées qui rencontrent un « certain succès », les produits électroménagers sont très peu accessibles et pourraient faire apparaître un frein opéré par les éco-organismes collecteurs du gisement de matériel.

⁴⁶ La DGCCRF a récemment constaté des manquements et des non-conformités du reconditionnement annoncés en violation du décret n°2022-190 du 17 février 2022.

⁴⁷ Avis de l'Autorité n° 25-A-01 du 9 janvier 2025 relatif aux systèmes de notation visant à informer les consommateurs sur les caractéristiques liées au développement durable des produits et des services de consommation.

vérification pour certaines catégories de demandes, notamment celles comportant des contenus récurrents et similaires.

En outre, l'AFEC recommande à l'Autorité :

(v) De maintenir une surveillance étroite des systèmes de notation des produits en matière de développement durable visant à l'information des consommateurs, afin de s'assurer qu'ils respectent les recommandations formulées par l'Autorité (en particulier, en ce qui concerne la robustesse, la solidité, la fiabilité et la transparence des données utilisées et des informations fournies aux consommateurs).