

APPEL A CONTRIBUTION DE LA COMMISSION EUROPEENNE CONCURRENCE ET GREEN DEAL

Contribution de l'Afep

La DG Concurrence de la Commission européenne a lancé mi-octobre un appel à contributions pour apprécier l'éventuel apport de la politique de concurrence à la réalisation des objectifs du Green Deal.

Si la politique de la concurrence n'est pas le principal outil pour lutter contre le changement climatique et protéger l'environnement, la Commission estime qu'elle peut néanmoins y apporter sa part en appréciant à l'aune de ces objectifs les trois outils de la politique de concurrence que sont le **contrôle des aides d'État**, les règles applicables aux pratiques anticoncurrentielles (**antitrust**) et le **contrôle des concentrations**.

Les entreprises membres de l'Afep apprécient la démarche de la DG Concurrence (DG COMP) qui reconnaît d'autres priorités politiques et économiques ayant leurs propres contraintes et logiques et le besoin d'intégrer la politique de concurrence dans le Green Deal. Cette approche répond à une demande forte des acteurs économiques qui prônent depuis longtemps le renforcement de la coordination entre les Directions Générales lors de l'élaboration de textes structurant l'avenir de l'Union européenne. Ils appellent également à l'inclusion d'autres objectifs européens dans les analyses de la DG COMP. Ces travaux font suite à une série de réflexions lancées en 2020 par les autorités nationales de concurrence¹.

La réglementation des entreprises ne doit plus se concentrer uniquement sur la stabilité ou la protection du consommateur et des investisseurs. Elle doit également devenir un outil de compétitivité interne et externe, pour être à la hauteur des transformations actuelles, notamment en termes de changement climatique et d'environnement. Dans ce contexte, la politique de concurrence doit permettre le **développement de projets, coopérations et technologies favorables à la réalisation des objectifs du Green Deal**.

Elle doit en outre pleinement prendre la mesure et intégrer le soutien apporté par les Etats non européens à leurs acteurs domestiques, en particulier dans un contexte de crise et sur les sujets environnementaux et digitaux. C'est une condition indispensable au maintien d'une concurrence équitable (level playing field) pour la compétitivité des entreprises.

De manière plus générale, la réflexion proposée ici par la Commission souligne la nécessaire complémentarité entre politiques industrielle et concurrentielle. Ces deux politiques tendent vers l'accroissement de la compétitivité qui passe prioritairement par la réduction des coûts et par la stimulation de l'innovation. Rapporté au Green Deal, ce double objectif doit s'inscrire dans un objectif de stratégie politique globale tout en répondant à des questions techniques complexes propres à la matière environnementale (ex: la réduction des émissions de CO2

¹ En mai 2020, l'autorité de concurrence française (« ADLC »), s'est engagée, avec sept autres autorités de régulation à accorder une place plus importante à la protection de l'environnement. En juillet 2020, l'autorité de concurrence néerlandaise a publié un projet de lignes directrices portant sur la conformité au droit de la concurrence des coopérations d'entreprises ayant des effets bénéfiques pour l'environnement. En septembre 2020, l'autorité de concurrence grecque a publié un document de travail étudiant les pistes envisagées pour une plus grande protection de l'environnement.

accroissant le cas échéant les prix peut-il bénéficier de l'article 101-3 TFUE² qui prévoit une possibilité de justifier une entente qui apparaîtrait *prima facie* anticoncurrentielle ?).

Avant de répondre plus précisément aux questions de la Commission (voir voir notre réponse ci-jointe à l'appel à contributions), les entreprises souhaitent souligner les évolutions et précautions requises pour que la politique de concurrence participe aux objectifs du Green Deal.

I. Concernant les aides d'Etat (« ADE »)

L'approche concernant les **ADE doit s'inscrire dans une vision pragmatique, globale et politique de l'économie** (urgences environnementales et concurrence mondiale bénéficiant de réglementations nettement plus souples que celles applicables dans le marché commun), favorisant un cadre juridique évitant les charges administratives excessives et propice au développement de projets de transition écologique d'envergure.

Compte tenu notamment des nouvelles priorités de l'UE (Green deal, numérique), la récente annonce de la DG COMP dans le cadre de son rapport d'évaluation des règles relatives aux aides d'Etat, de la nécessité d'adapter à court terme de nombreux textes (RGEC, encadrement RDI, communication PIIEC, lignes directrices concernant les aides à la protection de l'environnement et à l'énergie...) est saluée par les entreprises.

Cette logique de mise à jour des ADE compte tenu de l'urgence climatique a déjà conduit trois pays (Italie, Danemark et Portugal) à réaliser un inventaire complet des subventions aux combustibles fossiles et plusieurs Etats membres à indiquer leur intention de les supprimer progressivement.

Les outils existants ont démontré leur efficacité et leur adaptabilité notamment grâce à l'adoption rapide d'un cadre temporaire sur les aides d'Etat dans le contexte de la crise de la Covid-19. Par ailleurs, les dispositions du Traité et notamment la lecture combinée de ses articles 107, paragraphe 3, sous-paragraphe c), 191 (protection de l'environnement) et du droit dérivé fournissent d'ores et déjà une base juridique suffisante pour appréhender les aides d'Etat en faveur de projets utiles à l'atteinte des objectifs du Green deal.

Cependant, la transition écologique de l'économie européenne pourrait être favorisée par des **adaptations ciblées d'outils tels que des Lignes directrices concernant les aides d'Etat relatives à la protection de l'environnement et à l'énergie ou l'Encadrement relatif aux aides à la recherche, au développement et à l'innovation**. Il s'agit ainsi de soutenir une créativité collective suffisante pour concurrencer dans des conditions comparables les entreprises soutenues par leurs autorités nationales dans les autres régions du monde. Il convient pour cela d'agir tant sur la phase amont de la R&D que sur celle des stades les plus avancés (notamment le premier déploiement industriel des technologies bas-carbone « first of a kind »).

La base des coûts éligibles (coûts complets, y compris les coûts indirects) devrait être élargie pour mieux refléter les coûts réels supportés par les entreprises lorsque le projet contribue directement à la réalisation des objectifs du Green deal. Concernant le niveau de maturité du projet, la nouvelle

² Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
 - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées
- qui contribuent 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, et sans:
- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

définition devrait inclure dans le périmètre des premiers déploiements industriels, des prototypes pré-commerciaux ou non commercialisables. L'âge des entreprises éligibles devrait également être étendu pour favoriser la croissance des entreprises travaillant dans ces technologies.

Il serait également nécessaire d'adapter le cadre COVID temporaire et d'allonger sa durée. Ainsi, les règles applicables en matière d'aides d'Etat pourraient être modifiées avant même la révision des lignes directrices et des cadres pour la durée de la reprise, offrant des incitations environnementales et numériques supplémentaires.

Les entreprises appellent ainsi la Commission à explorer la possibilité de « **bonus Green deal** » permettant de relever les seuils d'intensité d'aides pour les projets s'inscrivant dans sa mise en œuvre, et de mettre à jour les lignes directrices et les cadres pertinents en conséquence. En effet, l'utilisation de tels bonus renforcerait le caractère incitatif de la politique des aides d'Etat pour les acteurs économiques.

■ Promotion de projets importants d'intérêt européen commun (« PIIEC »)

Même si l'application de la Communication relative aux PIIEC est encore très récente, les entreprises considèrent que cette communication est un **outil essentiel pour favoriser la coopération entre les Etats membres et les industriels européens**. La construction ou la production commune de solutions technologiques mutualisées entre entreprises requièrent des investissements colossaux, en particulier dans la recherche et développement (« R&D ») environnementale. De tels projets peuvent aussi renforcer le leadership de l'Union européenne dans la lutte contre le changement climatique, en particulier dans certains secteurs technologiques clés (aéronautique, énergie, microélectronique, automobile etc.), et favoriser l'autonomie stratégique européenne face à la concurrence de pays tiers.

En plus des batteries et de l'hydrogène, l'afep considère que le développement des besoins d'investissements bas carbone doit se poursuivre dans le cadre de la trajectoire de neutralité carbone pour 2050 avec des objectifs intermédiaires de l'UE à 2030 et 2040. Pour ce faire, il est important de mieux articuler les orientations européennes en faveur du soutien à la R&D et au déploiement des technologies bas carbone notamment au travers des PIIEC, pour lesquels les procédures de notification doivent être simplifiées.

Afin d'accroître l'intérêt des entreprises pour de tels projets, il est également essentiel de rechercher un équilibre entre (i) les exigences relatives à la recherche d'un effet de levier (« spillover »), (ii) les obligations de dissémination des résultats de la recherche érigés en conditions de compatibilité des PIIEC par la Commission et (iii) la préservation de l'intérêt du projet d'un point de vue industriel et économique (notamment la protection des droits de propriété intellectuelle). De telles conditions peuvent constituer un frein au développement de solutions technologiques disruptives dans la lutte contre le changement climatique.

Il est également nécessaire de clarifier le cadre juridique applicable aux coopérations entre entreprises dans le cadre d'un PIIEC au regard des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles (entente et abus de position dominante).

■ Une référence à la taxonomie qui ne doit pas être exclusive

Le règlement sur la Taxonomie 2020/852 propose une classification européenne pour soutenir les investissements durables. Elle offre un cadre utile de référence pour déterminer la durabilité d'une activité économique.

Si l'utilisation de la taxonomie apparaît intéressante a priori afin d'identifier des activités « déjà vertes » sous l'angle des deux premiers critères examinés (atténuation des émissions de gaz à effet de serre et adaptation au changement climatique), il n'en reste pas moins que les travaux sur ce thème sont cependant actuellement insuffisants pour apprécier la contribution de l'ensemble des projets à la transition écologique :

- la taxonomie s'applique aux activités et seulement de façon indirecte aux projets : elle se fonde en effet sur une analyse des activités par code NACE, qui ne permet pas de prendre en compte la complexité de certains projets industriels ;
- les notions d'activités en transition et facilitatrices, introduites uniquement pour les critères climatiques, paraissent exclure de nombreuses activités qui se trouvent pourtant dans cette situation. Cette classification de devrait pas entraîner un risque de ne pas financer des projets de transition ;
- les critères d'examen techniques concernant les objectifs climatiques de la taxonomie n'ont pas encore été adoptés. En outre, de nombreuses activités n'ont pas été couvertes par la proposition d'acte délégué actuellement soumis à consultation, alors qu'ils contribuent potentiellement à la transition écologique et aux objectifs du Green deal ;
- enfin, les critères d'examen techniques concernant les autres objectifs environnementaux de la taxonomie (économie circulaire, ressources en eaux, pollutions locales, biodiversité) ne seront examinés qu'en 2021 et l'établissement de critères quantifiés univoques risque d'être compliqué, au contraire du climat, ce qui conduira à des indicateurs composites bien plus complexes à exploiter.

Les activités de transition devront être mieux définies et les critères techniques devront être complétés pour couvrir certaines activités pour le moment exclues, avant qu'il ne puisse être fait référence à la taxonomie.

Le droit des ADE qui requiert plus de pragmatisme stratégique ne peut pas être complexifié par une référence exclusive à la taxonomie. Il est nécessaire d'établir d'autres critères définis par l'UE et/ou à l'initiative des entreprises promotrices de projets en faveur de la transition écologique (comme par exemple, la contribution d'une technologie, ou d'un projet de recherche, à la réduction des émissions de GES ou à la réduction de l'utilisation des ressources naturelles). De ce point de vue, le recours à des méthodes de calcul approuvées au niveau international ou, a minima, au niveau européen pourrait être examiné pour estimer les gains positifs générés par l'aide. Une approche en termes de cycle de vie (méthode LCA) ou une référence aux directives sectorielles pertinentes telles que la directive relative à la promotion des énergies renouvelables (RED II) qui identifie le potentiel de réduction de GES de certaines filières de biocarburants sont de possibles exemples.

De telles références permettraient aux entreprises de qualifier de manière concrète les effets positifs de l'aide au stade de l'analyse de sa compatibilité lors de la mise en balance des effets. La contribution d'un projet d'investissement dans le développement d'une technologie clé permettant un gain significatif en termes de réduction d'émissions de GES serait ainsi valorisée positivement

au regard de l'objectif de neutralité climatique. Un raisonnement similaire pourrait être appliqué dans l'analyse des externalités positives d'un projet d'aide.

■ Nécessité d'un level playing field

Le régime européen de contrôle strict des aides d'État est singulier par rapport aux autres espaces économiques mondiaux, en plaçant les entreprises de l'Union européenne dans une situation désavantageuse par rapport à certaines de leurs concurrentes des pays tiers.

Les pays tiers vont renforcer leurs financements en faveur de l'environnement et de la lutte contre le changement climatique, conçus comme des outils contribuant à sortir leurs économies de la crise actuelle. Parmi ceux-ci, les règles relatives à la régulation des interventions étatiques au soutien de leurs entreprises nationales doivent être prises en compte dans toute analyse de la concurrence. Dans ce cadre, les travaux actuels de la Commission sur les **subventions étrangères sont bienvenus**. De même, la mise en place et la correcte application **d'accords de libre-échange** entre l'Union européenne et des pays tiers deviennent encore plus décisives. Les initiatives visant à promouvoir le droit européen de la concurrence dans les pays tiers ou à développer de nouvelles disciplines multilatérales pour encadrer les aides d'Etat et les subventions industrielles au niveau international (OMC, OCDE) ou au niveau bilatéral doivent être poursuivies.

Face à cela, il apparaît opportun de :

- **considérer la R&D comme un atout concurrentiel stratégique** des entreprises dans le contexte de globalisation de l'économie (cf. en particulier la problématique autour de la propriété intellectuelle développée infra),
- identifier le rôle de la **commande publique et du financement européen** pour stimuler l'innovation et tendre vers une commande publique européenne supranationale; à l'instar des pratiques de pays tiers, l'usage de cet outil permettrait également d'éviter la qualification d'aides d'Etat,
- réfléchir à (i) un mécanisme de **financement des aides évitant de surcharger** les entreprises soumises à la concurrence par de nouvelles obligations fiscales, et (ii) à l'opportunité d'une harmonisation européenne en la matière.

Les entreprises soumises à la concurrence internationale, notamment d'origine industrielle, sont des acteurs clés pour identifier et mettre en œuvre de nouvelles solutions technologiques à faible empreinte environnementale. Elles jouent également un rôle majeur en termes d'emplois directs et indirects sur le territoire de l'Union européenne.

Dans ce contexte, ces entreprises sont soucieuses de ne pas être mises à contribution par les Etats membres et l'UE de façon disproportionnée par rapport à leurs concurrentes hors UE, en vue de générer des ressources additionnelles afin de financer les aides prévues par les politiques de transition écologique dans le cadre du Green Deal. Ceci est d'autant plus important que les entreprises européennes, fortement impactées par la crise, subissent souvent une forte réduction de leurs capacités d'investir.

Il importe donc de définir un cadre d'harmonisation européen afin de maintenir les dispositions d'exemption ou d'atténuation – notamment en matière fiscale – actuellement applicables pour ces entreprises qui sont des acteurs clés de la transformation écologique.

II. Concernant les pratiques anticoncurrentielles

Le « Green Deal » est une formidable opportunité pour l'Europe d'affermir sa recherche et, à terme, **son autonomie technologique et stratégique**. Pour ce faire, le développement de coopérations entre entreprises devient une nécessité urgente dès lors que celles-ci respectent le cadre de l'article 101 TFUE et ne conduisent pas au développement de pratiques/ produits nuisibles à l'environnement³.

Des coopérations vertueuses peuvent conduire à des améliorations sectorielles, notamment en matière environnementale. Dans son projet de lignes directrices relatives au droit de la concurrence et à la protection de l'environnement (soumis à consultation jusque fin septembre 2020), l'Autorité néerlandaise pour les consommateurs et les marchés (Autoriteit Consument & Markt) en fournit un exemple concret : des entreprises de collecte de déchets échangent des informations permettant d'optimiser le parcours emprunté par les camions, réduisant de 20 % leur kilométrage et entraînant une baisse des coûts, de l'émission de polluants, de l'usure des véhicules, et de la congestion routière. Sur le plan environnemental, la coopération entre acteurs économiques se révèle plus efficace que la libre concurrence et répond au bien-être du consommateur et de la société en général.

Pour sa part, la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») a rappelé en 2000⁴ que *« l'octroi d'un droit exclusif sur une partie du territoire national pour des objectifs environnementaux, tels que la création de la capacité nécessaire pour le recyclage de déchets de chantier, ne constitue pas en soi un abus de position dominante. La gestion de certains déchets peut faire l'objet d'un service d'intérêt économique général, en particulier lorsque ce service a pour but de faire face à un problème environnemental »*.

Les réflexions menées ici sur le « Green Deal » offrent l'opportunité de créer des conditions juridiques et pratiques de partage en matière de R&D favorables au soutien du verdissement de l'économie sans disséminer la propriété intellectuelle issue des résultats vers des pays tiers compétiteurs.

Une récente étude réalisée auprès de 200 responsables ESG (environnement, social et gouvernance) de grandes entreprises⁵ a révélé que 57 % d'entre elles ne s'étaient pas engagées dans des coopérations pro-environnementales au vu du risque antitrust trop élevé. Cette proportion est considérable, d'autant plus que les grandes entreprises disposent de leviers efficaces pour lutter collectivement en faveur de la protection de l'environnement.

De façon générale, les entreprises hésiteront à mettre en œuvre les coopérations dont l'auto-évaluation au regard de l'article 101 est complexe et les expose à un certain degré d'insécurité juridique. Tel est le cas des coopérations nécessitant une évaluation poussée au regard des critères d'exemption, que ce soit en raison d'une atteinte à la concurrence entre les entreprises et/ou d'un effet avéré au bien-être du consommateur, mais aussi de coopérations dont il est simplement difficile d'évaluer le possible impact anticoncurrentiel, en raison de l'incertitude qui entoure de nombreux paramètres à prendre en compte dans l'analyse de risque.

L'autorité néerlandaise a proposé dans son projet de lignes directrices d'adopter un règlement d'exemption par catégorie spécifique à l'environnement, qui énoncerait les conditions dans

³ Voir en ce sens la sanction infligée par la Commission européenne au cartel des camions (juillet 2016) au titre, notamment, du calendrier relatif à l'introduction des technologies d'émission

⁴ CJUE, 23 mai 2000, aff. C-209/98

⁵ [Sondage Linklaters](#) réalisé en mars 2020 en Allemagne, France, Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et aux Pays-Bas.

lesquelles les accords verts pourraient bénéficier d'une sphère de sécurité. Cette idée pourrait être étudiée.

Les **accords de coopération horizontale** ont démontré leur utilité économique. Pour éviter un effet paralysant (« chilling effect ») et conforter la R&D et l'autonomie technologique essentielle qui en découle notamment dans le domaine de la transition écologique, l'approche sur de telles coopérations doit être profondément révisée à **double titre**:

1. Partage du savoir-faire et des droits de propriété intellectuelle (« DPI ») : créer une meilleure protection juridique

Le Règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords de R&D⁶ est trop souvent invoqué par des instituts/organismes de recherche partenaires affirmant que le savoir-faire secret des entreprises ou les DPI (préexistant ou résultant d'une recherche conjointe) pourraient être partagés avec des tiers (concurrents ou non) aux fins de la recherche et du développement et de l'exploitation.

Exiger que les DPI et les savoir-faire soient partagés avec toutes les parties en règle générale (article 3 du règlement 1217/2010 par exemple) n'est plus adapté au contexte actuel de concurrence acharnée entre les différentes zones géographiques mondiales. Il existe en effet un risque que le résultat de ces recherches communes fuie rapidement vers la concurrence de pays tiers. Les entreprises doivent avoir un intérêt économique pour partager leur propriété intellectuelle ; il ne peut être une condition préalable pour obtenir l'accord de la Commission. Ceci peut en outre décourager les entreprises de participer à des activités de recherche et technologie (R&T) et R&D communes, qui seront pourtant la pierre angulaire de la compétitivité des entreprises européenne face aux défis environnementaux et digitaux.

2. Nature des échanges d'informations : à assouplir

L'approche actuelle dans le cadre des lignes directrices existantes conduit de nombreux échanges d'informations à être analysés comme des restrictions par objet *per se* ou au moins comme nécessitant une analyse concurrentielle délicate et donc potentiellement incertaine.

Aucun projet coopératif de recherche et développement ne peut se constituer sans impliquer des échanges d'informations nourris, y compris d'éléments techniques, technologiques ou ayant trait aux stratégies d'innovation des entreprises. A ce titre, il est fondamental de fournir un cadre clair permettant le développement des coopérations indispensables dans des conditions de sécurité juridique appropriées.

Plus généralement, l'analyse de la DG concurrence sur les ententes entre entreprises, qu'elles soient horizontales ou verticales, devrait :

- **Innover dans l'interprétation de l'article 101-1 TFUE** pour conforter une approche plus positive de ces coopérations, en particulier dans le domaine de la recherche, qui ne doivent pas être considérées comme restrictives et 1/conduire les entreprises à devoir démontrer de manière complexe le bien-fondé d'une coopération ou 2/à renoncer aux coopérations du fait des risques perçus. Ces accords de coopération ne doivent évidemment pas servir à dissimuler des cartels prohibés ;

⁶ Règlement (UE) no 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement

- **Inclure le critère de durabilité dans la définition de la notion d'efficacité**, à un niveau de priorité suffisant et dans une temporalité suffisamment longue, au-delà du seul critère prix de court terme, qualité ou innovation. Les priorités majeures européennes doivent en effet pouvoir être intégrées au concept d'efficacité ;
- **Elargir les critères retenus au titre du « bien-être du consommateur »** et de la société dans son ensemble, en y intégrant notamment d'autres objectifs de politique européenne que le seul prisme du prix le plus bas à l'instar de l'utilité pour le consommateur (recherche de meilleure qualité des produits ou du cadre de vie) ;
- **Prendre pleinement en compte la situation internationale**, notamment les soutiens apportés aux concurrents de pays tiers et à leurs activités.
- **N'imposer aucune sanction** si les partenaires acceptent de modifier leur coopération et lorsque :
 - o la coopération a été rendue publique et les lignes directrices de la Commission ont été suivies de bonne foi autant que possible ou où
 - o la coopération a déjà fait l'objet de discussions avec la Commission et la Commission n'a identifié aucun risque majeur.

III. Concernant le contrôle des concentrations

Sans modifier le cadre existant, l'application des règles en matière de concentrations pourrait contribuer davantage à la protection de l'environnement et aux objectifs du Green Deal en s'opposant à des opérations aux effets potentiellement nuisibles pour l'environnement, et en validant des opérations aux effets potentiellement positifs pour l'environnement. Le progrès environnemental devrait être intégré dans le bilan concurrentiel de l'opération notifiée.

Les entreprises considèrent que l'analyse concurrentielle en général, et celle liée au Green Deal en particulier, doit évoluer pour **mieux intégrer la notion essentielle d'efficacité, d'effets positifs pour le climat et l'environnement, pour le marché et les consommateurs**, qui peuvent notamment résulter d'opérations de concentration.

La notion de gain d'efficacité d'une opération de concentration est difficile à mesurer en matière environnementale. A ce titre, Anne Perrot, alors vice-présidente du Conseil français de la concurrence considérait déjà en 2006⁷ que *« si l'évaluation habituelle des effets sur le surplus des consommateurs des pratiques anti-concurrentielles (...) ne requiert « que » des données de prix et de quantités, celle des dommages environnementaux nécessite de nombreuses informations dont la traduction en termes de bien-être économique risque de dépasser largement les possibilités d'appréhension par une autorité de concurrence. Par exemple, évaluer les effets bénéfiques d'un accord entre entreprises qui viserait à minimiser une pollution locale requiert la mesure de ses effets sur la santé des consommateurs, celle de la disponibilité à payer de la population pour cette réduction des rejets polluants etc »*.

Cette difficulté ne devrait cependant pas empêcher l'analyse concurrentielle de mieux prendre en compte l'impact environnemental d'une opération de concentration.

Une concentration peut en effet conduire les entreprises à atteindre l'échelle suffisante leur permettant de mettre en œuvre les projets de verdissement de leurs activités. L'article 2, paragraphe 1er, point b), du règlement (CE) n° 139/2004 requiert de la Commission, dans son analyse de la compatibilité des opérations de concentration, qu'elle tienne notamment compte des

⁷ OCDE, « Environmental regulation and competition », 2006. Vice-présidente du Conseil de la concurrence, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/37981581.pdf> - p. 206.

intérêts des consommateurs intermédiaires et finals, ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

Une approche trop statique de la concurrence ou trop centrée sur le marché européen n'est plus de mise dans un monde où le numérique bouleverse rapidement les règles concurrentielles et où la dimension géographique des opérations est remise en cause par la globalisation de l'économie ; la prise en compte d'une **nouvelle temporalité** est nécessaire en incluant dans l'analyse du marché pertinent, en cours d'évaluation, concerné par l'opération de concentration la **concurrence potentielle** comme la dimension de marché captif ;

Dans la politique de **concurrence en faveur des consommateurs** au regard du « Green Deal », la notion d'efficacité doit être reconsidérée : l'approche fondée principalement sur l'impact prix doit être complétée par d'autres considérations, notamment en faveur de la transition écologique ou des priorités majeures de l'Union européenne. Pour l'analyse de mise sur le marché de produits issus d'opérations de concentration, il devient opportun d'intégrer également :

- le besoin de minimiser la consommation des ressources dans le temps ainsi que de réduire les nuisances dont les émissions de gaz à effet de serre,
- la notion de temps dans le coût complet du produit/service (« total cost of ownership ») et d'unités fonctionnelles.

D'un point de vue procédural, le **contrôle des concentrations devrait être simplifié pour les opérations contribuant au Green Deal et ne soulevant pas de problèmes de concurrence**. Les entreprises souhaitent une simplification des procédures et une sécurité juridique dans l'appréciation de leurs opérations, notamment dans le domaine des énergies renouvelables.

Enfin, si les **lettres de confort** sont un outil permettant d'avoir la confirmation d'une analyse par la Commission, elles se limitent à l'opération en cause. Une actualisation de la Communication Juridictionnelle concernant le règlement 139/2004 permettrait un meilleur partage des positions adoptées par la Commission, sous réserve de se référer de manière non confidentielle aux opérations visées.

AFEP's Response to the Questionnaire of the Call for Contribution

Part 1: State aid control

1. What are the main changes you would like to see in the current State aid rulebook to make sure it fully supports the Green Deal? Where possible, please provide examples where you consider that current State aid rules do not sufficiently support the greening of the economy and/or where current State aid rules enable support that runs counter to environmental objectives.

*The approach concerning **state aids must be part of a pragmatic, global and political vision of the economy** promoting a legal framework avoiding excessive administrative burdens and conducive to the development of large-scale ecological transition projects.*

This could be stimulated thanks to targeted adaptations of tools such as the guidelines on state aid relating to environmental protection and energy or the framework for state aid for research and development and innovation.

*On the guidelines on state aid relating to **environmental protection and energy**, an example would be to modify the guidelines to stimulate the development of sustainable fuels, via aids targeting the financing of transitional agricultural sites, the offset of additional costs of these fuels for airline companies or the conversion of processing facilities. Another example would be to adopt a consistent approach regarding fossil fuels. The State aid rulebook should be in line with the commitments from the Paris Agreement and the Green Deal. Three countries (Italy, Denmark, and Portugal) have performed a comprehensive stock take of fossil fuel subsidies and some EU Member States intend to phase them out or have formulated specific policies in their NECPs.*

*On **R&D**, more flexibility on the maximum aid intensity thresholds should be introduced when the aided project contributes directly to achieving the objectives of the Green deal.*

The base of eligible costs (full costs including indirect costs) should be broadened to better reflect the real costs incurred by companies when the project directly contributes to the achievement of the objectives of the Green deal. Regarding the maturity level of the project, the new definition should include in the scope first industrial deployments, pre-commercial or non-marketable prototypes. The age of eligible companies should also be extended to promote the growth of companies working in these technologies.

State aids should also support sufficient collective creativity to compete under comparable conditions with companies supported by their national authorities in other regions of the world. To do this, it is necessary to act both on the upstream phase of R&D and on that of the most advanced stages (in particular the first industrial deployment of "first of a kind" low-carbon technologies).

*For **IPCEI projects** supporting the climate transition, guidelines should be made clearer on the extent of demonstration of a search for a leverage effect ("spillover effects"). The burden of proof should be lowered in relation to the demonstration of these effects, and alternatively, "contribution to the climate transition" should be added to the general positive indicators set out in the IPCEI Communication (paragraph 20).*

A balance between (i) the spill-over effect, (ii) the obligations of dissemination of research results set up as conditions of compatibility of the IPCEI by the Commission and (iii) the preservation of the interest of the project from an industrial and economic point of view (in particular the protection of intellectual property rights) should be sought. It is also necessary to clarify the legal framework applicable to cooperation

between companies within the framework of an IPCEI with regard to the rules on anti-competitive practices (cartel and abuse of dominant position).

Given the EU's new priorities (Green Deal, digital), companies welcome the recent announcement of DG COMP in its evaluation report of state aid rules that many texts will be adapted in the short term (GBER, RDI framework, communication on IPCEI, guidelines on state aid for environmental protection and energy ...).

It would also be necessary to adapt the temporary COVID framework and extend its duration, Thus applicable state aid rules could be modified even before the revision of the guidelines and frameworks for the duration of the recovery, providing additional environmental and digital incentives.

2. If you consider that lower levels of State aid, or fewer State aid measures, should be approved for activities with a negative environmental impact, what are your ideas for how that should be done?

- a. For projects that have a negative environmental impact, what ways are there for Member States or the beneficiary to mitigate the negative effects? (For instance: if a broadband/railway investment could impact biodiversity, how could it be ensured that such biodiversity is preserved during the works; or if a hydropower plant would put fish populations at risk, how could fish be protected?)

AFEP supports positive measures promoting investments in support of the Green Deal's objectives, rather than focusing on a penalising approach.

Recent examples show the possibility of putting in place mitigation and compensation measures to offset biodiversity loss in infrastructure projects.

3. If you consider that more State aid to support environmental objectives should be allowed, what are your ideas on how that should be done?

- a. Should this take the form of allowing more aid (or aid on easier terms) for environmentally beneficial projects than for comparable projects which do not bring the same benefits ("green bonus")? If so, how should this green bonus be defined?

*AFEP companies support the idea of a **bonus to support environmentally beneficial projects** by raising the aid intensity thresholds for projects implementing the Green Deal. Relevant guidelines and frameworks should be updated accordingly. Indeed, such bonuses would reinforce the incentive character of state aid policy for economic actors. This would also help orient investments in activities that enable the transition toward a sustainable and digital economy.*

Under the General Block Exemption Regulation, Member States should be allowed to grant greater amount of financial support to projects supporting the climate transition. To do so, the concept of eligible costs should be expanded, and all projects costs should be considered as eligible costs. The aid intensity rate and the notification thresholds should be increased (see points in previous question).

b. Which criteria should inform the assessment of a green bonus? Could you give concrete examples where, in your view, a green bonus would be justified, compared to examples where it would not be justified? Please provide reasons explaining your choice.

4. How should we define positive environmental benefits? a. Should it be by reference to the EU taxonomy and, if yes, should it be by reference to all sustainability criteria of the EU taxonomy? Or would any kind of environmental benefit be sufficient?

Regulation (EU) 2020/852, also known as the “taxonomy” regulation, proposes a European classification to support sustainable investments. It provides a useful frame of reference for determining the sustainability of an economic activity.

Whilst the use of taxonomy appears a priori interesting to identify “already green” activities from the angle of the first two objectives already examined (climate change mitigation and adaptation), the work on this theme is nevertheless currently insufficient to assess the contribution of all the projects to ecological transition:

- *the taxonomy applies to activities and only indirectly to projects: it is indeed based on an analysis of activities by NACE code, which does not allow to grasp the complexity of certain industrial projects;*
- *the notions of transitional and enabling activities, introduced only for climate criteria, seem to exclude many activities that are nevertheless in this situation. This classification should not entail a risk of not funding transition projects;*
- *the technical screening criteria for the climate objectives of the taxonomy have not yet been adopted. Besides, many activities are not covered yet in the draft delegated act currently under consultation, although they potentially contribute to the ecological transition and to the objectives of the Green Deal;*
- *finally, the technical screening criteria concerning the other environmental objectives of the taxonomy (circular economy, water resources, local pollution, biodiversity) will only be examined in 2021 and the establishment of unambiguous quantified criteria may be complicated, unlike for climate objectives, which will lead to composite indicators that are much more complex to use.*

Transition activities will need to be better defined and the technical screening criteria will need to be supplemented to cover some activities that are currently excluded before the taxonomy can be referred to.

State aid law, which requires more strategic pragmatism, cannot be complicated by an exclusive reference to taxonomy. It is necessary to establish other criteria defined by the EU and/or at the initiative of companies promoting projects in favour of ecological transition (such as the contribution of a technology or of a research project to reducing GHG emissions or to reducing the use of natural resources). From this point of view, the use of calculation methods approved at international level or, at least at the European level, could be examined to estimate the positive gains generated by the aid. A life cycle approach (LCA method) or a reference to relevant sectoral directives such as the Directive on the promotion of renewable energies (RED II) which identifies the GHG reduction potential of certain biofuel sectors are possible examples.

Such references would allow companies to state concretely the aid's positive effects at the stage of the analysis of its compatibility, when weighing the effects. The contribution of an investment project to the development of a key technology allowing a significant gain in terms of reduction of GHG emissions would

thus be positively valued with regard to the objective of climate neutrality. Similar reasoning could be applied in the analysis of the positive externalities of a research project.

Part 2: Antitrust rules

1. Please provide actual or theoretical examples of desirable cooperation between firms to support Green Deal objectives that could not be implemented due to EU antitrust risks. In particular, please explain the circumstances in which cooperation rather than competition between firms leads to greener outcomes (e.g. greener products or production processes).

The "Green Deal" is a great opportunity for Europe to strengthen its research and, ultimately, its technological and strategic autonomy. To do this, the development of cooperation between companies is absolutely necessary, as long as they respect the framework of Article 101 TFEU and do not lead to the development of practices/products harmful to the environment.

From a horizontal point of view, in some cases, cooperation between companies would make it possible to develop greener products or manufacturing processes that one company would not be able to develop on its own or would enable this development in a faster and more efficient way.

From a vertical point of view, in some cases, cooperation between undertakings would make it possible to improve industrial know-how with customer/supplier experience and in the long term improve the efficiency of the product or process.

*We provided in our position paper the example underlined by the Dutch Authority for Consumers and Markets (Autoriteit Consument & Markt) in its draft guidelines on competition law and environmental protection. In this situation of exchange of information between waste collection companies, **cooperation led to more efficiency and positive impacts on the environment and society well-being (lower costs, lower emissions, lower traffic congestion...)***

2. Should further clarifications and comfort be given on the characteristics of agreements that serve the objectives of the Green Deal without restricting competition? If so, in which form should such clarifications be given (general policy guidelines, case-by-case assessment, communication on enforcement priorities...)?

Additional guidance such as guidelines on green cooperation would be welcome, as comfort letters as those published by the Commission in the context of COVID-19 are not made public. Guidelines should contain numerous practical examples. Specific guidance in relation to exchanges or information or joint procurement in the context of environmental cooperation would be very helpful.

Other possible clarifications could entail:

- *The adoption of an environment-specific block exemption regulation, which would set out conditions under which green arrangements could benefit from a safe harbour (see the approach taken by the draft guidelines of the Dutch competition authority) ;*

- *The Commission should take a stance on being opened to increasingly providing comfort letters in relation to environmental cooperation – in particular where the characteristics of a given project do not fit with block exemption/guidelines. It should be a voluntary/fast-track procedure.*
- *On enforcement, the Commission should consider not imposing any penalty if the partners to the cooperation agree to modify their cooperation, and where:*
 - o *the cooperation has been made public, and the Commission guidelines have been followed in good faith as much as possible; or where*
 - o *the cooperation has been previously discussed with the Commission, and the Commission had not identified any major risks.*
- *The EU Commission could take the lead and encourage other national competition authorities to harmonise their positions on climate cooperation to foster legal certainty for international cooperation.*

3. Are there circumstances in which the pursuit of Green Deal objectives would justify restrictive agreements beyond the current enforcement practice? If so, please explain how the current enforcement practice could be developed to accommodate such agreements (i.e. which Green Deal objectives would warrant a specific treatment of restrictive agreements? How can the pursuit of Green Deal objectives be differentiated from other important policy objectives such as job creation or other social objectives?).

On the need for current enforcement practice to be developed to accommodate agreements favourable to the greening of the economy, it should be underlined that legal and practical conditions for R&D sharing should be created without disseminating the intellectual property resulting from the results to competing third countries. We referred in our position paper to a study published in March 2020 that showed that among 200 ESG managers of large groups, 57% of them had not engaged in pro-environmental cooperation because of too high an antitrust risk and uncertainty surrounding many parameters to be taken into account in the risk analysis.

However, horizontal cooperation agreements have demonstrated their economic usefulness. To avoid a chilling effect and consolidate R&D, the approach to such cooperation must be revised: Better legal protection must be created regarding the sharing of know-how and intellectual property.

As a general rule, requiring that IPRs and know-how be shared with all parties (article 3 of Regulation 1217/2010 for example) is no longer appropriate in the current context of fierce competition between the various global geographic areas. There is indeed a risk that the result of this joint research will quickly leak to competitors from third countries. Companies must have an economic interest in sharing their intellectual property; it cannot be a precondition for obtaining the Commission's agreement. This can also discourage companies from participating in joint research and technology (R&T) and R&D activities, which will yet be the cornerstone of the competitiveness of European companies in the face of environmental and digital challenges.

Innovation in the nature of information to be exchanged

The current approach leads to many exchanges of information being analysed as restrictions by object per se or at least as requiring a delicate and therefore potentially uncertain competitive analysis. No cooperative research and development project can be set up without involving extensive exchanges of information, including technical, technological elements or elements relating to business innovation

strategies. As such, it is essential to provide a clear framework that allows the development of essential cooperation under appropriate legal security conditions.

More generally, the DG COMP's analysis of agreements between companies, whether horizontal or vertical, should:

- innovate in the interpretation of Article 101-1 TFEU to consolidate a more positive approach to such cooperation, in particular in the field of research, which should not be considered as restrictive and/or lead companies 1/ to have to demonstrate in a complex manner the merits of cooperation, or 2/ to renounce because of the perceived competition risks. These cooperation agreements must of course not be used to cover up prohibited cartels;
- include the criterion of sustainability in the definition of the concept of efficiency, at a sufficient level of priority and in a sufficiently long time frame, beyond the sole criterion of short-term price, quality or innovation. The major European priorities must indeed be integrated into the concept of efficiency;
- broaden the criteria adopted for the “well-being of the consumer” and society as a whole, by notably integrating into them European policy objectives other than the sole prism of the lowest price, such as utility for the consumer (search for better product or living environment quality);
- take full account of the international situation, in particular the support given to competitors from third countries and their activities.

Part 3: Merger control

1. Do you see any situations when a merger between firms could be harmful to consumers by reducing their choice of environmentally friendly products and/or technologies?

2. Do you consider that merger enforcement could better contribute to protecting the environment and the sustainability objectives of the Green Deal? If so, please explain how?

From a procedural point of view, merger control should be simplified for operations contributing to the Green Deal and not raising competition concerns. Companies want procedures to be simplified and legal certainty in the assessment of their operations, especially in the field of renewable energies.

On contributing to the Green Deal, merger enforcement could better take into consideration the potential positive environmental impacts of a merger in as a key element in the efficiency analysis, for example with the gain of cleaner technologies, which would help it achieve its environmental transition. Mergers can indeed lead companies to reach a sufficient scale to enable them to implement projects to green their activities. The Commission should consider efficiencies in its analyses, such as the reduction of GHG emissions, the need to minimise the consumption of resources over time as well as to reduce nuisances including greenhouse gas emissions, or the notion of time in the full cost of the product / service ("total cost of ownership") and of functional units.

Better guidance could hence be given by the Commission on how merging parties can use positive environmental benefits not only as part of efficiency arguments but in their overall deal rationale. Sustainability under Article 2(1)(b) of the EU merger regulation should also be better considered, through for example “the interests of the intermediate and ultimate consumers”. The interpretation of the consumer welfare standard should be broadened, and technical and economic progress factors could be



developed, provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition. Possible sustainability benefits should be of course weighed against possible anticompetitive effects of the merger.

Such an approach would lead to necessary increase of specialisation (and number of specialists) on climate and energy issues within DG COMP, and of more intense and earlier collaboration between DG COMP and other DG, such as DG Environment, so to better assess mergers that might contribute to the objectives of the Green Deal.

Increased harmonisation would also be needed within the International Competition Network to increase legal certainty for international environmental projects.

Finally, an approach that is too static to competition or too focused on the European market is no longer appropriate in a world where digital technology is rapidly disrupting competition rules and where the geographical dimension of operations is called into question by the globalisation of the economy. It is necessary to take into account a new temporality by including potential competition or the captive market dimension in the analysis of the relevant market (whose definition is currently being evaluated by the Commission) affected by the merger.

AU SUJET DE L'AFEP

Depuis 1982, l'Afep regroupe de grandes entreprises présentes en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles, a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision de ses membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour parvenir à la croissance et à l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la priorité de l'Afep. L'Afep compte environ 113 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel cumulé s'élève à 2 600 milliards d'euros.

Emmanuelle Flament-Mascaret – Directrice Affaires commerciales et Propriété Intellectuelle / concurrence@afep.com

Jérémie Pélerin – Directeur Affaires européennes / j.pelerin@afep.com

Alix Fontaine – Chargée de mission Affaires européennes / a.fontaine@afep.com