

Économie circulaire et droit de la concurrence : mariage de raison ou union impossible ?

LIONEL ROCHE » Avocat associé, Aklea

Environnement & énergies renouvelables et défis climatiques

RÉSUMÉ

Les activités liées à la protection de l'environnement, aussi progressistes soient-elles, ne les exemptent pas d'être soumises au droit de la concurrence dès lors qu'elles sont au cœur d'échanges d'offres et de services intégrés à un marché donné. Au regard du large champ que recouvre la notion d'économie circulaire, faisant intervenir une diversité d'acteurs publics et privés, il semble essentiel d'analyser la nature des relations qui l'unissent à cette branche du droit. Pour cela, il convient de revenir respectivement sur les fondements juridiques de l'économie circulaire et du droit de la concurrence. Et ce d'autant plus qu'un gouffre temporel les sépare : la première a été récemment introduite dans le droit français tandis que les principes du second remontent à 1986. Ainsi, l'étude de ce dialogue complexe n'en est qu'à ses débuts, à l'image des balbutiements doctrinaux et jurisprudentiels. Il faut dire que le marché ne prend pas encore assez en considération les enjeux environnementaux dans les modèles économiques et que les investissements qui les concernent sont trop peu sécurisés au vu du droit de la concurrence. Un changement de la vision que l'on porte à ce dernier est nécessaire : il n'est pas un frein à l'économie circulaire. C'est uniquement dans ce cadre, et aidé de la médiation du droit des affaires et du droit de l'environnement, que ce mariage de raison peut se muer en mariage d'amour. De cette union naîtrait l'indispensable ordre public écologique avec des écosystèmes partenariaux de territoires et une qualification juridique de ces rapports. L'environnement n'est plus entendu seulement comme une exception, et il doit être pensé à l'échelle européenne. Si les solutions existent pour rééquilibrer les relations, elles dépendent de la priorité que l'on veut bien donner à l'économie circulaire : est-elle une donnée marginale ou un moyen pour sortir de notre système de production et de consommation ? Si tel est le cas, alors sa dynamique doit être forte.

MOTS-CLÉS

droit ; concurrence ; économie circulaire ; environnement ; marché ; territoires ; ordre public

PLAN DE L'ARTICLE

INTRODUCTION

QUEL TERRITOIRE POUR L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE ?

Fondements juridiques de l'économie circulaire

Un outil au service des territoires : les NCIS Fos-Étang de Berre

Les intercommunalités, une échelle pertinente pour déployer l'économie circulaire

ÉCONOMIE CIRCULAIRE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Fondements juridiques du droit de la concurrence

L'économie circulaire à l'épreuve du droit de la concurrence

Enjeux environnementaux et régulation des marchés

CONCLUSION

RÉFÉRENCES

INTRODUCTION

Si, en droit français, l'acte de naissance de l'économie circulaire est encore très récent – loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte – (LTECV), il donne déjà lieu à de nombreux développements et suscite un grand intérêt de la part d'acteurs issus d'horizons très variés. L'introduction dans notre système juridique d'un nouveau concept soulève l'enthousiasme des opérateurs, très vite rattrapé par les règles de droit susceptibles de s'appliquer à ses différentes manifestations, le droit de la concurrence pouvant être rapidement convoqué dès lors que l'économie circulaire relève des activités économiques. Le gouvernement a mis en consultation un projet de loi pour l'économie circulaire¹ composé de 18 articles, ce qui démontre toute son actualité.

Il s'agit donc bien d'apprécier si l'économie circulaire, dans les diverses formes qu'elle peut revêtir, est susceptible de relever du droit de la concurrence et, si tel est le cas, quel est l'impact de cette situation ? Est-ce un véritable frein à son développement ? Peut-elle bénéficier d'exceptions compte tenu des objectifs qu'elle défend ? Si non, quelles sont les évolutions juridiques possibles pour lui donner les moyens de répondre à ses ambitions ?

Les opérateurs économiques n'apprécient pas l'insécurité juridique, peu compatible avec la réalisation d'investissements qui peuvent être importants. Or, la mise en œuvre de l'économie circulaire va mobiliser des ressources en capital significatives étant donné les enjeux et les solutions à adopter. Il n'est donc pas inutile d'étudier les relations entre l'économie circulaire et le droit de la concurrence. ►

¹La loi a depuis été promulguée : loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (1).

QUEL TERRITOIRE POUR L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE ?

Fondements juridiques de l'économie circulaire

Si l'économie circulaire est un concept encore jeune, elle est déjà entrée dans notre système normatif au plan européen comme au plan national. Ces définitions peuvent être éclairées par d'autres approches non juridiques pour mieux appréhender ses différentes facettes.

Au plan européen, la Commission met en avant que :

Dans une économie circulaire, les produits et les matières conservent leur valeur le plus longtemps possible ; les déchets et l'utilisation des ressources sont réduits au minimum et, lorsqu'un produit arrive en fin de vie, les ressources qui le composent sont maintenues dans le cycle économique afin d'être utilisées encore et encore pour recréer de la valeur. Ce modèle peut générer des emplois sûrs en Europe, encourager les innovations qui confèrent un avantage compétitif et assurer un niveau de protection des personnes et de l'environnement dont l'Europe est fière. Il peut également offrir aux consommateurs des produits plus durables et innovants, synonymes d'économies financières et de qualité de vie accrue.

(Commission européenne, 2015)

En droit français, la LTECV du 17 août 2015 introduit l'économie circulaire dans le Code de l'environnement sous l'article (art.) L. 110-1-1², qui dispose :

La transition vers une économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires et à *dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits, et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets.* [emphase ajoutée] La promotion de l'écologie industrielle et territoriale et de la conception écologique des produits, l'utilisation de matériaux issus de ressources naturelles renouvelables gérées durablement et issus du recyclage, la commande publique durable, l'allongement de la durée du cycle de vie des produits, la prévention des déchets, la prévention, la réduction ou le contrôle du rejet, du dégagement, de l'écoulement ou de l'émission des polluants et des substances toxiques, le traitement des déchets en respectant la hiérarchie des modes de traitement, *la coopération entre acteurs économiques à l'échelle territoriale pertinente dans le respect du principe de proximité et le développement des valeurs d'usage et de partage et de l'information sur leurs coûts écologique, économique et social contribuent à cette nouvelle prospérité.* [emphase ajoutée]

La définition qu'en fournit le droit français nous paraît bien traduire son ambition – sortir du modèle linéaire de production –, ses spécificités – réemploi et valorisation ►

²Article L. 110-1-1 du Code de l'environnement modifié par la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 – art. 2, (JORF n° 0035, 11 février 2020).

sont largement entendus –, comme sa potentielle complexité – développer la coopération entre les acteurs économiques, dans de multiples domaines, et les territoires.

L'approche de la fondation Ellen MacArthur, très impliquée dans sa vulgarisation, lui donne une dimension dynamique tout en préservant le capital naturel :

Une économie circulaire est *restaurative et régénérative par nature* [emphase ajoutée] et tend à préserver la valeur et la qualité intrinsèque des produits, des composants et des matériaux à chaque étape de leur utilisation. Le concept distingue les cycles biologiques et techniques.

Tel [sic] qu'envisagée à l'origine, l'économie circulaire est un cycle de développement positif continu *qui préserve et développe le capital naturel*, [emphase ajoutée] optimise le rendement des ressources et minimise les risques systémiques par la gestion des stocks et des flux de ressources. *Ce système demeure efficace qu'elle [sic] que soit l'échelle* [emphase ajoutée].

(Ellen MacArthur Foundation, 2016, p. 2 et p. 5)

L'Agence de la transition écologique (anciennement Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, ADEME), dans son livre blanc de novembre 2018, retient une définition aussi ambitieuse que concrète, sans être exclusivement centrée sur les déchets :

Encore trop souvent réduite aux pratiques et actions en faveur de la gestion des déchets et des 3R (réduire/réutiliser/recycler), l'économie circulaire offre une diversité de dynamiques transversales pour appréhender de manière systémique *les défis d'aujourd'hui en matière de gestion des ressources à la fois matérielles et immatérielles*. [emphase ajoutée] ... L'économie circulaire contribue également à la réduction de la pression sur les territoires et participe à la transition vers un système plus sobre et plus efficient.

(ADEME, 2018, p. 6)

Pour la décliner, il est nécessaire d'avancer conjointement sur différents segments :

- consommation responsable (labels, étiquetage environnemental...);
- mutualisation ;
- économie de la fonctionnalité, consommation collaborative ;
- réemploi/réutilisation ;
- écoconception ;
- écologie industrielle ;
- recyclage ;
- utilisation en cascade des bioressources.

On pourrait donner bien d'autres définitions de l'économie circulaire. Mais, d'emblée, il nous paraît nécessaire de « mixer » les approches afin de ne pas s'en tenir au plan strictement juridique, sans doute réducteur. En effet, derrière ce modèle se cachent des réalités multiples et complexes qui tiennent à la fois aux spécificités des domaines dans lesquels elle est mise en œuvre comme aux espaces dans lesquels elle se déploie. ►

Il ne peut en être autrement, dès lors que son ambition est de sortir de notre système de production, qui façonne les activités économiques et nos territoires depuis deux siècles.

Un outil au service des territoires : les NCIS Fos-Étang de Berre

Avant d'apprécier quel dialogue se noue entre l'économie circulaire et le droit de la concurrence, il peut être utile de mettre en avant un exemple concret, à savoir les nouvelles coopérations industrielles et synergies (NCIS) Fos-Étang de Berre, dans une zone à forts enjeux démographiques, économiques, sociaux et environnementaux :

- concentration de filières d'envergure nationale et internationale : chimie, raffinage, aéronautique, sidérurgie, mécanique, énergie... ;
- activités du Grand Port maritime de Marseille-Fos ;
- disponibilité foncière à vocation industrielle ;
- périurbanisation conséquente ;
- 1/3 du territoire en espaces naturels protégés.

Un territoire pollué, aussi : un réseau de quatre plateformes industrielles favorise cette coopération industrielle, grâce à un haut degré d'intégration lié aux infrastructures existantes (ferroviaires, pipelines) et à des interconnexions entre entreprises pour échanger des produits, des sous-produits, des déchets, mais aussi grâce aux nombreuses parties prenantes impliquées autour des industriels.

En outre, le secteur bénéficie de multiples outils, d'actions et de grands projets :

- projet PIICTO (plateforme industrielle d'innovation Caban Tonkin), une plateforme de coopération industrielle de 1 200 ha ;
- démonstrateurs industriels (échanges frigorifiques/calorifiques, stockage d'hydrogène, réseau vapeur...);
- approfondissement des connaissances (flux ; tests d'outils de diagnostic ciblé industriel, urbain, agricole ; développement des outils pour favoriser les échanges et les coopérations entre les opérateurs) ;
- projets d'engagement des intervenants à l'échelle de ce territoire.

La présentation des composantes des NCIS Fos-Étang de Berre montre que les problématiques à prendre en compte sont hétérogènes et susceptibles de rassembler un grand nombre d'acteurs dans des domaines d'activités diversifiés, avec des enjeux d'autant plus importants que leurs impacts sur l'environnement sont, au cas particulier, déjà très marqués.

Les intercommunalités, une échelle pertinente pour déployer l'économie circulaire

Si l'économie circulaire peut se décliner à des échelles territoriales variées, y compris au plan national, il nous paraît intéressant de centrer notre analyse à l'échelon local, tout particulièrement celui des intercommunalités. Et ce en prenant acte des dernières réformes tirées de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM) et de la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe), qui élargissent leurs compétences et leurs moyens d'intervention. ►

En effet, dans notre organisation administrative, les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (EPCI-FP) sont des acteurs incontournables, majeurs même, compte tenu de leur nombre, de la couverture territoriale et des richesses économiques qu'ils concentrent, au premier rang desquels les 21 métropoles. S'ils recouvrent une grande variété de formes statutaires (métropole, communauté urbaine, communauté d'agglomération...), la tendance lourde est à la concentration des compétences et des pouvoirs, outre le fait que les EPCI-FP peuvent envelopper des territoires très vastes, à l'instar des métropoles d'Aix-Marseille et de Lyon. Dans ce contexte, situer notre analyse à l'échelle des EPCI-FP est pertinent pour apprécier comment l'économie circulaire peut s'y implanter pour mieux s'y développer, sans rien enlever aux régions et aux départements, qui ont aussi leur rôle à jouer.

Les lois MAPTAM et NOTRe de 2014 et 2015 ont modifié notre organisation territoriale en profondeur ; les EPCI-FP, hormis les régions et les départements, deviennent le modèle dominant à l'échelle de notre architecture administrative. La généralisation des EPCI-FP, avec des compétences et des prérogatives de plus en plus étendues, peut être perçue comme la bonne focale pour assurer le développement de l'économie circulaire. En chiffres, ils représentent : 21 métropoles + Lyon avec un statut spécifique soit, au 1^{er} janvier 2019, 1 258 EPCI-FP aux tailles variées (62 % comptent moins de 30 000 habitants), pour une ouverture du territoire proche de 100 %, mais dont le rôle est tout aussi structurant pour leur écosystème.

C'est donc au niveau des EPCI-FP que l'économie circulaire nous paraît devoir connaître ses développements les plus importants : ils disposent de l'essentiel des cartes – leurs savoir-faire, une connaissance plus fine des flux, de l'offre et de la demande comme des parties prenantes à mobiliser – pour la mettre en œuvre. À notre sens, il existe donc un rapport objectif entre l'économie circulaire et l'existence d'écosystèmes locaux (EPCI-FP), dont le degré d'organisation (expertise élargie, moyens, y compris financiers, et capacité d'innovation) est de nature à favoriser l'émergence de pratiques relevant de ce modèle. La structuration de ces territoires doit donc être optimisée, tout en mettant en synergie les compétences des services de l'État, des collectivités et des entreprises autour d'objectifs communs.

Pour conforter cette approche, le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD), dans son rapport *L'économie circulaire : quelques questions clés*, en appelle à l'introduction sous nos latitudes d'un « *Green Deal à la française* » en s'inspirant de l'expérience néerlandaise. Afin de faciliter cette démarche, il préconise la mise en place d'un « *partenariat d'innovation urbaine et territoriale* » ou « *l'alliance pour une ville et un territoire durables* » (Alexandre, Douard, Duranthon, Guignard, Lavoux, Le Divenah, Levy, Narring & Perret, 2015, p. 13).

Selon le CGEDD, une telle initiative aurait, notamment, pour objet :

- l'appui aux collectivités et aux acteurs économiques pour sécuriser juridiquement les appels d'offres ouverts à l'innovation, car les retours sont en l'état trop limités ;
- l'instauration par les pouvoirs publics d'un cadre de mise en concurrence garantissant la transparence, avec des indicateurs de performance pour fonder des appels d'offres innovants tout en réduisant les risques de contentieux ; ►

- la levée d'éventuels obstacles réglementaires sectoriels à l'innovation, en créant des possibilités de dérogation.

Il s'agit donc bien de déterminer quelles sont, à l'échelle locale, les conditions à réunir pour soutenir le développement d'usages répondant aux objectifs de l'économie circulaire, soit la mise en place d'une structure organisationnelle privilégiant l'adéquation entre l'offre possible et la demande via des circuits de distribution adaptés.

Ainsi, les acteurs de « l'amont » (production, transformation) doivent être capables de dialoguer avec les acteurs de « l'aval » et d'intégrer leurs attentes dans leur projet de valorisation, de recyclage et de réutilisation, notamment. Il faut mettre en cohérence l'ensemble des dispositifs disponibles et des acteurs afin d'encourager la constitution de filières de valorisation en optimisant la mobilisation des ressources. En effet, en l'état de notre organisation, on peut déplorer un gâchis dans la gestion de nos ressources. D'ailleurs, le projet de loi sur l'économie circulaire va bien dans ce sens.

Un important travail reste encore à faire pour monter en puissance à l'échelle des territoires, même si l'on constate une mobilisation de plus en plus forte des intervenants et leur volonté de travailler ensemble. Ils se mobilisent collectivement pour atteindre les objectifs de l'économie circulaire, en intégrant les freins comme les leviers disponibles (économiques, réglementaires, sociétaux...).

ÉCONOMIE CIRCULAIRE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Fondements juridiques du droit de la concurrence

Le traité sur l'Union européenne (TUE) issu du traité de Lisbonne, s'agissant des buts de l'UE, dispose :

L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, *une économie sociale de marché hautement compétitive* [emphase ajoutée], qui tend au plein emploi et au progrès social, et *un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* [emphase ajoutée]. Elle promeut le progrès scientifique et technique. (art. 3, 3.)

Les art. 101, 102 et 103 du TUE déterminent les dispositions applicables en matière de concurrence à l'échelle du marché intérieur et entre les États membres.

En droit français, le droit de la concurrence relève des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 introduite dans le Code de commerce. Ainsi, au sens de l'art. L. 420-1 du Code de commerce :

Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de *fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* [emphase ajoutée], notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; ►

- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

L'art. L. 420-2 du même Code dispose :

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* [emphasis ajoutée]. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* [emphasis ajoutée]. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.

L'art. L. 420-3 précise : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2. »

Enfin, l'art. L. 420-4 prévoit différentes exceptions aux principes posés par les articles susvisés :

I.- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour *effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* [emphasis ajoutée], sans donner aux entreprises intéressées *la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* [emphasis ajoutée]. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment *lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites* [emphasis ►

ajoutée], peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.- Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-2-1 et L. 420-2-2 les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier *qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte* [emphase ajoutée].

Les infractions à ces dispositions peuvent se traduire, outre des sanctions civiles, par des sanctions pénales (art. L. 420-6 du Code de commerce).

Telles sont les règles qui encadrent les activités des entreprises dans le but de ne pas fausser leurs relations dans le marché intérieur, de ne pas interdire l'arrivée de nouveaux entrants sur un marché, ou bien encore de favoriser des prix bas, comme l'innovation à l'échelle des filières.

Ces dispositions sont à mettre en regard des termes de l'art. L. 110-1-1 précité pour évaluer comment ces deux branches du droit – celle du droit de la concurrence et celle de l'économie circulaire relevant du droit de l'environnement – peuvent ou non s'articuler en vue d'atteindre les objectifs de réduire le recours aux ressources naturelles, de diminuer nos émissions de CO₂ et, avec le paquet « économie circulaire » européen adopté le 22 mai 2018³, de privilégier le recyclage et la valorisation :

- 55 % des déchets municipaux recyclés en 2025, 65 % en 2035 ;
- 65 % des emballages recyclés en 2025, 70 % en 2030 ;
- 10 % maximum de déchets municipaux mis en décharge en 2035 ;
- 50 % de baisse des biodéchets en 2030 avec une réduction du gaspillage alimentaire.

Si l'on examine la situation française, la production des déchets se compose de :

- déchets municipaux : 514 kg/hab. ;
- déchets des activités économiques, y compris d'origine agricole : 700 kg/hab. ;
- déchets de construction : 3 400 kg/hab.

Soit un total de 4,6 tonnes de déchets par habitant en 2016 (ADEME, 2019). À la lecture de ces chiffres, on comprend pourquoi l'économie circulaire a un bel avenir dans ce secteur ; les flux, considérables, représentent de très importants gisements pour le recyclage et la valorisation qui doivent être mobilisés.

L'économie circulaire à l'épreuve du droit de la concurrence

L'ordonnance sur le droit de la concurrence date de 1986 ; elle a donc plus de 30 ans, sans avoir vécu de réformes dans ses principes. Or, au début des années 80, alors que le coût du pétrole est historiquement bas, le modèle fondé sur une économie linéaire est bien en piste, et les recherches sur la valorisation de nos déchets ou le développement des énergies renouvelables pour sortir du modèle du « tout-fossile » ne sont pas vraiment à l'ordre du jour. ►

³Le paquet « économie circulaire » contient :

- une directive-cadre : la directive (UE) 2018/851 du 30 mai 2018 modifiant la directive 2008/98/CE relative aux déchets ;
- quatre directives sectorielles :
 - la directive (UE) 2018/849 du 30 mai 2018 modifiant la directive 2000/53/CE relative aux véhicules hors d'usage, la directive 2006/66/CE relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs, et la directive 2012/19/UE relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques ;
 - la directive (UE) 2018/850 du 30 mai 2018 modifiant la directive 1999/31/CE concernant la mise en décharge des déchets ;
 - la directive (UE) 2018/852 du 30 mai 2018 modifiant la directive relative aux emballages et aux déchets d'emballages ;
 - la directive (UE) 2019/904 du 5 juin 2019 relative à l'incidence de certains produits en plastique sur l'environnement.

Ce texte est donc advenu dans un climat très différent de celui que nous connaissons aujourd'hui, où les parties prenantes – les États comme les opérateurs économiques et les citoyens – ont d'autres préoccupations voire d'autres priorités. Nous savons en effet que le modèle de développement issu des Trente Glorieuses ne peut pas prospérer tant ses dommages directs et collatéraux sur nos écosystèmes sont insupportables. Dès les années 70, des scientifiques avaient déjà tiré la sonnette d'alarme (« The Williamstown Study of Critical Environmental Problems », 1970 ; Meadows, Meadows, Randers & Behrens III, 1972), mais on regardait ailleurs. Désormais, on ne peut plus ignorer cette situation, même si nous ne modifions pas assez franchement et rapidement notre système de production et de consommation.

Pourtant, et au sens de l'article L. 110-1-1 du Code de l'environnement issu de la LTECV de 2015, l'économie circulaire a bien pour objet de mettre en place un modèle de « consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires », ou encore « la promotion de l'écologie industrielle et territoriale et de la conception écologique des produits » et « la coopération entre acteurs économiques à l'échelle territoriale pertinente dans le respect du principe de proximité et le développement des valeurs d'usage et de partage » en vue d'une « nouvelle prospérité ».

Si, en 2015, on croit toujours à la croissance, on sait pertinemment que l'on ne peut plus emprunter les mêmes chemins qu'hier pour l'atteindre. On est donc bien en train d'infléchir, trop lentement encore, notre modèle de production et de consommation. L'économie circulaire figure comme l'une des clés pour y parvenir : en reterritorialisant des flux de production ; en internalisant les externalités négatives (pollutions induites par notre système de production) ; en valorisant sous plusieurs formes possibles ce que l'on se contentait avant d'enfouir en centres de stockage ; enfin, en luttant contre les « passagers clandestins ». Au regard de l'article sus-cité, la réussite passe notamment, à l'évidence, par la coopération entre acteurs économiques à l'échelle des EPCI-FP. Or, ces actions collectives – des activités économiques –, qui sont au cœur du concept de l'économie circulaire avec de nouvelles boucles locales, pourraient bien heurter les principes relevant du droit de la concurrence.

Vu l'ampleur du virage qui s'amorce, les principes conçus en 1986 – ceux du droit de la concurrence – sont-ils toujours compatibles avec les enjeux auxquels nous sommes immédiatement confrontés ? La question est de savoir si les principes classiques du droit de la concurrence ont lieu d'être appliqués sans autres considérations vis-à-vis des activités développées et organisées pour relever de l'économie circulaire ou si, en tant que telle, l'économie circulaire peut relever de l'une ou l'autre des exceptions prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce. Si tel est le cas, son développement est-il (suffisamment) assuré ?

Autrement dit, y a-t-il lieu de considérer que l'économie circulaire, par ses finalités et ses « spécificités intrinsèques », justifierait de ne pas appliquer mécaniquement les principes du droit de la concurrence tels que déterminés en droit français comme en droit européen ? (Tirole, 2018). Ou bien encore, l'application stricte des principes tirés du droit de ►

la concurrence est-elle de nature à freiner, voire à « brider » le développement de l'économie circulaire ?

La doctrine ayant apprécié les zones de frottement entre économie circulaire et droit de la concurrence est très limitée dans son contenu, ce qui s'explique par le caractère encore très récent du sujet. D'autant plus récent que, comme nous l'avons déjà constaté, l'économie circulaire peine à prendre corps dans notre paysage. Et, dans le même temps, elle peut potentiellement recouvrir de multiples réalités, ce qui ne facilite pas nécessairement la compréhension de toutes ses manifestations. On pourrait bien parler des nombreux visages de l'économie circulaire.

Le ministère de l'Économie et des Finances a établi une note (Contrôle général économique et financier, CGefi, 2018) sur le sujet, aux termes de laquelle il ne fait aucun doute que, dans la mesure où les acteurs de l'économie circulaire exercent une activité économique au sens du droit de la concurrence, ils relèvent donc de cette législation. Cette note renvoie aux nombreux avis déjà rendus sur le développement durable, sur les systèmes de collecte et de traitement des déchets et, plus particulièrement, sur la responsabilité élargie des producteurs (REP), qui connaît un important développement sur le sol français, comme en matière de concentration ou d'abus de position dominante. Le projet de loi sur l'économie circulaire renforce encore le recours aux REP.

Si l'on recherche ce qu'il y a lieu d'entendre au sens de la jurisprudence communautaire par « activité économique », alors « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (Cour de justice des Communautés européennes, CJCE⁴, 1998). Il a encore été jugé que « le seul fait que [la personne morale en cause] ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique, dès lors... [qu']elle peut donner lieu à des comportements que les règles de la concurrence visent à réprimer » (CJCE, 1995).

Pour apprécier la réalité d'une activité économique, on peut se référer à la définition tirée d'une décision de la Commission européenne : « Une activité de nature économique est une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques » (Commission européenne, 1999).

D'évidence, les différentes manifestations que peut recouvrir l'économie circulaire reposent bien sur des échanges économiques à l'échelle d'un territoire donné, à titre onéreux généralement, mais le fait qu'ils puissent être à « but non lucratif » n'y changerait rien. Tel est le cas même dans l'hypothèse où cette activité ne donne pas lieu à une contre-prestation. L'objet de cette activité est donc bien la production, la distribution ou la prestation de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Au surplus, les dispositions relevant du droit de la concurrence trouvent tout autant à s'appliquer aux personnes publiques dès lors que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services (Israël, 1989). Or, comme nous l'avons constaté, le rôle des personnes publiques, tout particulièrement des collectivités locales, paraît bien ►

 ⁴Devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en 2009.

incontournable au titre des parties prenantes impliquées dans la mise en œuvre de l'économie circulaire, compte tenu de leurs nouvelles compétences – lois MAPTAM et NOTRe – comme des projets au pilotage desquels elles peuvent participer avec des opérateurs privés.

De même, l'Autorité de la concurrence⁵ a eu l'occasion de se prononcer sur le lien entre les principes issus du droit de la concurrence et la protection de l'environnement :

⁵Nommée jusqu'en 2009
Conseil de la concurrence.

L'accomplissement d'une *mission d'intérêt général telle que la protection de l'environnement ne dispense pas les opérateurs économiques de respecter le droit de la concurrence* [emphasis ajoutée]. En particulier, il est exclu de considérer que les surcoûts éventuels résultant des nécessités de la préservation de l'environnement n'entrent pas dans les coûts de production.

(Conseil de la concurrence, 1999)

S'agissant de l'organisation de filières et de leur ouverture à la concurrence, il est utile de citer les termes d'un autre avis de l'Autorité de la concurrence précisant :

64. Les autorités de concurrence en Europe considèrent que les éco-organismes sont des entreprises et qu'elles exercent une activité de marché qui justifie l'application du droit de la concurrence à leurs comportements. Un certain nombre de décisions européenne ou nationale, ainsi que des avis de l'Autorité ont déjà eu l'occasion d'analyser ces marchés.

65. Pour ce qui concerne plus particulièrement le secteur des déchets d'emballages ménagers, la décision « Eco-Emballages » du 15 juin 2001 (ci-après, « décision du 15 juin 2001 ») de la Commission européenne (ci-après « la Commission ») a considéré que, sous réserve de la prise en compte de certaines observations et du respect d'engagements présentés par Eco-Emballages, le système en vigueur à l'époque, qui présente de grandes similitudes avec celui d'aujourd'hui, ne tombait pas sous le coup des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE (devenu l'article 101 TFUE). À cette occasion, la Commission avait qualifié d'« *accords entre entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres* » les contrats signés par Eco-Emballages avec les metteurs en marché (« *contrat producteur* ») ou avec les collectivités (le « *contrat collectivité locale* ») ou encore les « *contrats filières et contrats opérationnels de reprise* ».

Plus loin :

118. En tout état de cause, il convient de souligner que dans le cadre d'une ouverture de marché à la concurrence, *la détention par un opérateur historique de données indispensables à l'accès au marché de nouveaux entrants peut poser un problème sérieux de concurrence, si ce dernier refuse l'accès à ces données* [emphasis ajoutée]. La détention de ces informations pourrait être nécessaire non seulement pour déposer une candidature à l'agrément mais aussi pour proposer des offres attractives aux metteurs en marché et aux collectivités. ►

119. En outre, pour l'avenir, dans un contexte de pluralité d'éco-organismes, l'Autorité recommande que l'ADEME soit en mesure de collecter, traiter, actualiser et mettre à disposition les données nécessaires à l'activité d'éco-organismes concurrents [emphase ajoutée]. En effet, si de telles données présentent un intérêt majeur pour exercer une activité d'éco-organisme sur le marché, la tentation pourrait exister entre concurrents de procéder à des échanges de données sensibles. De tels échanges pourraient alors présenter des difficultés au regard du droit de la concurrence.

Puis :

131. Par ailleurs, le comité interministériel à la modernisation de l'action publique (CIMAP), dans un rapport de 2014, a recommandé, s'agissant de la mission relative à la gestion des déchets par les collectivités territoriales, de « confier une responsabilité d'organisation du tri et de la valorisation aux éco-organismes des filières emballages et papiers graphiques. Ce rôle est indispensable pour moderniser et massifier les centres de tri, et augmenter les taux de recyclage sans dérapage des coûts. Cette évolution s'accompagnerait d'une prise en charge à 100 % du financement d'un coût optimisé de la collecte sélective par les éco-organismes ».

(Autorité de la concurrence, 2016)

Cet avis éclaire particulièrement les bornes posées par l'Autorité de la concurrence quant à la mise en place de systèmes de collecte et de valorisation par filière pour tel type de déchet, sachant que le nombre des éco-organismes ne cesse de se développer. Ils paraissent en effet bien adaptés à ce genre de problématique, comme le confirment les termes du projet de loi sur l'économie circulaire.

Selon la jurisprudence communautaire, la défense de l'environnement constitue une forme de « progrès économique » visé par l'ordonnance de 1986 et par le TUE (Commission européenne, 1994). Mais, pour bénéficier d'une exemption, il est nécessaire de réunir toutes les conditions posées par les textes, la défense de l'environnement n'étant pas, en tant que telle, un motif suffisant pour échapper aux règles de la concurrence. On doit donc procéder à un examen au cas par cas pour apprécier si les conditions d'exemption sont remplies, ce qui ne permet pas de donner une grande visibilité ou une grande prédictibilité des situations aux acteurs concernés. Donc, dans un tel système, un degré élevé d'incertitude juridique subsiste pour les opérateurs, ce qui n'est pas favorable au développement de ce concept.

Dans sa décision Philips c/ Osram (1994), la Commission accordait une exemption temporaire de trois ans à une entreprise commune en raison des économies d'énergie, des réductions de coûts et de la diminution des émissions résiduelles obtenues. Dans une décision du 3 mai 1998, l'Autorité de la concurrence a également accordé une exemption au regroupement des producteurs de sel de Guérande au nom de la relance d'un secteur économique en difficulté et de la préservation de l'environnement. ►

S'il admet une distorsion des règles du marché au nom de l'environnement, le droit de la concurrence préserve de plus en plus la spécificité environnementale, mais au terme d'arbitrages complexes. Aussi, sur la base de ces décisions, comme d'autres, il est difficile, d'une part, d'en tirer une ligne directrice et, d'autre part, d'apprécier les degrés possibles de dérogation dans l'hypothèse où l'économie circulaire connaîtrait un fort développement, ce qui est parfaitement souhaitable et nécessaire. Cette situation résulte du fait que le droit de la concurrence intègre les spécificités des problématiques environnementales sous un angle purement formel.

En somme, le droit de la concurrence n'admet le droit de l'environnement et les problématiques en relevant qu'au titre de dérogation au terme d'un strict contrôle de nécessité et de proportionnalité, la notion d'activité économique permettant au droit de la concurrence d'arbitrer seul ces conflits. L'économie circulaire, en l'état, ne peut donc pas échapper à l'impérialisme du droit de la concurrence quand on sait la primauté donnée à cette notion d'activité économique.

Enjeux environnementaux et régulation des marchés

Or, si l'on veut assurer le développement de l'économie circulaire, étant donné les objectifs qu'elle doit nous permettre d'atteindre, il est clair qu'il paraît nécessaire de mieux prendre en compte les enjeux environnementaux au titre de la régulation des marchés pour davantage appréhender leurs spécificités. D'ailleurs, les débats sur l'intégration dans nos politiques sectorielles d'outils, y compris fiscaux, permettant de lutter efficacement contre le changement climatique ne font que traduire la réalité de cette situation.

Nous sommes toujours dans notre modèle linéaire de production : on en connaît les effets, dont certains sont clairement désastreux (pollution de l'air, aux plastiques ; érosion de la biodiversité...) ; on cherche des portes de sortie, mais on a bien du mal à faire le pas.

Afin d'être certain que l'économie circulaire et les nouvelles pratiques qu'elle implique à l'échelle des territoires ne se heurtent pas au droit de la concurrence au moindre de leurs développements, les acteurs et les parties prenantes ayant besoin d'une véritable sécurité juridique pour maintenir la pérennité de leurs investissements, il paraît essentiel de mieux tenir compte du caractère prioritaire des enjeux environnementaux, aussi bien sur le plan international (COP 21) que local.

Dans les faits, la situation pourrait nous y aider. En effet, on observe un double mouvement s'agissant de la régulation des activités économiques par le droit de l'environnement : la possible détermination d'un ordre public écologique et l'intégration toujours plus étendue du droit de l'environnement dans le droit des affaires. Autant d'évolutions qui peuvent assurer un meilleur cadre au développement de l'économie circulaire. ►

Les manifestations, les mouvements comme les actions qui fleurissent depuis quelques années pour signaler l'insuffisance d'actes concrets en faveur de la lutte contre le changement climatique traduisent la nécessité, malgré l'inflation normative qui existe au niveau européen, d'aller encore plus loin et d'imposer plus de contraintes à certains secteurs d'activités économiques. Ces conduites visent à dénoncer le fait que les impératifs économiques passent trop souvent devant les enjeux environnementaux qui, dans certains cas, ne pèsent pas lourds (ex. : l'absence de taxation du transport aérien au titre de la pollution de l'air). Elles traduisent aussi la nécessité de rééquilibrer les rapports entre développement économique et protection de l'environnement, en appelant de leurs vœux l'émergence d'un ordre public écologique. Pour rééquilibrer les rapports de force, il est nécessaire de donner plus de poids aux dispositions relevant du droit de l'environnement.

L'émergence de cet ordre public écologique, dans la continuité de la Charte de l'environnement de 2005 adossée à notre Constitution et des art. L. 110-1 et suivants du Code de l'environnement, aurait pour conséquence d'entraîner une adaptation des règles et des solutions traditionnelles du droit de la concurrence, permettant ainsi d'assurer une meilleure conciliation entre ces deux branches du droit, les préoccupations concurrentielles n'étant pas exclusives de toutes autres. Les enjeux environnementaux et les pratiques mises en œuvre pour y répondre, au rang desquelles l'économie circulaire, ne seraient alors plus systématiquement traités comme des exceptions, mais bien comme des priorités à respecter.

Les débats, durant l'été 2018, sur la modification de la Constitution pour mieux intégrer l'environnement et ses enjeux ne sont que l'une des illustrations de ce qui pourrait devenir un ordre public écologique. Cependant, au cas particulier, cette approche est loin de faire l'unanimité. Dans le même temps, le droit de l'environnement donne lieu également à une jurisprudence de plus en plus abondante, avec de véritables conséquences pour les opérateurs économiques, y compris la jurisprudence constitutionnelle. Le juge est incontestablement l'un des acteurs-clés dans l'avènement possible de cet ordre public écologique, mais il reste très pointilleux dans l'application de la règle (Conseil d'État, 2018).

Une telle mutation peut prendre du temps, et la seule évolution de la Constitution ne suffira pas à réduire les déséquilibres entre développement des activités économiques et droit de l'environnement. La reconnaissance d'un ordre public écologique est aussi le moyen de donner au droit de l'environnement un véritable impact sur les activités économiques, tout en reconnaissant plus concrètement les spécificités de ses pratiques comme l'économie circulaire.

De notre point de vue, on ne peut pas faire l'économie de ce débat pour repositionner les rapports entre développement économique et environnement, en assurant une meilleure internalisation des externalités négatives générées par les activités économiques et en gérant l'épineux problème des « passagers clandestins ».

Mais le chemin sera long (ex. : Tribunal de l'Union européenne, 2019). ►

Dans le même temps, on constate dans la pratique des interactions de plus en plus fortes et fréquentes entre le droit de l'environnement et le droit des affaires. Le déploiement de l'économie circulaire implique à l'échelle d'un territoire la rencontre d'opérateurs pour administrer autrement les flux de matières (recyclage et valorisation), soit dans le cadre de contrats relevant du droit privé, soit/et par le biais de marchés publics lancés par les collectivités à la tête de ce territoire.

L'économie circulaire, compte tenu de ses nombreux bénéfices environnementaux, est donc l'un des vecteurs permettant aux acteurs d'un territoire d'intégrer la dimension environnementale dans leurs choix stratégiques comme dans leurs décisions de gestion (innovations pour développer de nouvelles solutions de valorisation...). L'environnement n'est alors plus traité comme une exception, mais on lui donne plus de place pour jouer le jeu du marché, dès lors qu'il met en œuvre des solutions afin d'atteindre les objectifs de la lutte contre le changement climatique et de la sortie d'un modèle de production et de consommation détruisant des ressources naturelles non renouvelables.

CONCLUSION

L'économie circulaire, contrairement à d'autres branches du droit de l'environnement, est d'emblée immergée dans le monde économique, puisqu'il s'agit de réunir les conditions pour donner une nouvelle vie à des biens et à des matériaux. Mais, pour atteindre ses objectifs, elle impose de nouvelles formes de collaboration entre les acteurs des territoires qui peuvent heurter d'autres principes. Pour l'heure, il convient surtout d'être pragmatique, car la première des urgences est de faire en sorte que l'économie circulaire puisse véritablement intégrer notre quotidien. À tous les acteurs de s'en emparer. ► ◀

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

ADEME. (2018, novembre). *Économie circulaire - Un atout pour relever le défi de l'aménagement durable des territoires.*

ADEME. (2019, mars). *Déchets. Chiffres-clés. L'essentiel 2018.*

Alexandre, S., Douard, P., Duranthon, J.-P., Guignard, P., Lavoux, T., Le Divenah, J.-P., Levy, C., Narring, P., & Perret, B. (coordonnateur). (2015, juin). *L'économie circulaire : quelques questions clés.* CGEDD.

CGefi. (2018, 18 octobre). *Le droit de la concurrence et l'économie circulaire.* Ministère de l'Économie et des Finances. Ministère de l'Action et des Comptes publics.

Commission européenne. (2015, 2 décembre). *Paquet « économie circulaire » : questions et réponses.*

Ellen MacArthur Foundation. (2016). *Vers une économie circulaire : arguments économiques pour une transition accélérée.*

Meadows, D. H., Meadows, D. L., Randers, J., & Behrens III, W. W. (1972). *The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's project on the Predicament of Mankind.* Universe Books. Mis à jour en 1992 et en 2004.

The Williamstown Study of Critical Environmental Problems. (1970). *Bulletin of the Atomic Scientists, 26(8), 24-30.*

Tirole, J. (2018). Chapitre 14. Quand le digital modifie la chaîne de valeur. Dans *Économie du bien commun* (p. 507-536). PUF.

RÉFÉRENCES JURIDIQUES

Article L. 110-1-1 du Code de l'environnement

Articles L. 410-1, L. 420-1, L. 420-2, L. 420-3, L. 420-4, L. 420-6, du Code de commerce

Autorité de la concurrence (27 décembre 2016). *Avis n°16-A-27 concernant l'ouverture de la filière de traitement des emballages ménagers à plusieurs éco-organismes*

Conseil de la concurrence (3 mai 1998). *Décision n° 88-D-20 relative à des pratiques relevées sur le marché du sel* ►

Conseil de la concurrence (14 décembre 1999), Avis n° 99-A-22 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés

CJCE (18 juin 1998), Commission des Communautés européennes c/ République italienne. Aff. C-35/96

CJCE (16 novembre 1995), Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des Agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche. Aff. C-244/94

Commission européenne (21 décembre 1994), Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/34.252 - Philips-Osram). JO n° L. 378, 31/12/1994

Commission européenne (20 juillet 1999), Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Aff. n° IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998). JO n° L. 005, 08/01/2000

Conseil d'État (25 mai 2018), Nantes/Métropole c / Société imprimerie Chiffolleau, req. n°417580

Israël J.-J., note, TC, 6 juin 1989, Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ CA Paris, SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et Ville de Pamiers, req. n° 2578, D. 1900, p. 418

LOI n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (1) (JORF n° 0023, 28 janvier 2014)

LOI n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (1) (JORF n° 0182, 8 août 2015)

LOI n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (1) (JORF n° 0189, 18 août 2015)

LOI n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (1) (JORF n° 0035, 11 février 2020)

Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (JORF, 9 décembre 1986)

Tribunal de l'Union européenne (8 mai 2019), Carvalho e.a. c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne. Aff. T-330/18

TUE, articles 3, 3., 101, 102 et 103