



Jean Monnet Working Paper Series

-

Environment and Internal Market

Vol. 2011/1

**L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE
SECTEUR DES DECHETS : EXAMEN AU REGARD DE LA
DEFINITION DU MARCHE PERTINENT**

par

Christophe VERDURE

Published on <http://www.desadeleer.eu>

© Nicolas de Sadeleer, 2011

desadeleer@fusl.ac.be

L'application du droit de la concurrence dans le secteur des déchets : examen au regard de la définition du marché pertinent

par

Christophe VERDURE

Chercheur aux Facultés universitaires Saint-Louis (Académie Louvain)¹

Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg

Introduction

1. Protection de l'environnement.- La protection de l'environnement constitue une priorité de nos sociétés modernes. Son importance s'avère « *vitale pour l'avenir de l'humanité* »², tant elle concerne des domaines aussi divers que la pollution de l'eau, les changements climatiques et la biodiversité.

L'inquiétude environnementale s'est manifestée à la fin des années 1960 et concernait les principalement les « *pollutions de proximité* »³, c'est-à-dire situées dans une ère localisée. Il s'agissait par exemple de la dégradation de la qualité de l'air à la suite des rejets de fumées d'une industrie locale, ou encore de la pollution des sols et des cours d'eaux à cause des rejets de déchets industriels produits dans une région.

Progressivement, les problèmes environnementaux se sont toutefois globalisés et internationalisés. Ils concernent désormais le plus grand nombre et consistent notamment en la destruction de la couche d'ozone, les pluies acides, etc.

2. Importance du secteur des déchets.- Parmi les diverses politiques menées afin de protéger l'environnement, la gestion des déchets occupe une place privilégiée tant elle concerne un grand nombre d'acteurs au sein de la société, dont les particuliers, les collectivités locales⁴ et les entreprises.

Par ailleurs, opérer une gestion optimale des déchets est également apparu essentiel à la suite de la crise pétrolière de 1972. À cette occasion, il est apparu que les ressources naturelles n'étaient pas inépuisables et qu'il convenait de les préserver dans toute la mesure du possible. À cet égard, il est particulièrement important de relever la croissance exponentielle de la

¹ Projet ARC « L'eupéanisation du droit, de l'action publique et des normes sociales ». La présente contribution est arrêtée au 11 mai 2011. Les remarques et/ou suggestions peuvent être adressées à verdure@fusl.ac.be.

² Conclusions de l'Avocat général J. MAZAK, présentées le 28 juin 2007, sous C.J.C.E., 23 octobre 2007, *Commission c. Conseil*, C-440/05, *Rec.*, 2007, p. I-9097, pt. 92.

³ A. HAURIE et al., *Gestion de l'environnement et entreprise*, coll. Gérer l'environnement, n°12, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 1996, p. 15.

⁴ Voy. Ph. BLANQUEFORT & G. TERRIEN, « Les collectivités territoriales et le traitement des déchets ménagers », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2008, n°31, pp. 43-49 ; R. BARBIER, « Le financement de l'élimination des déchets municipaux », *Annuaire des collectivités locales*, 2005/1, pp. 87-99.

production de déchets que l'Europe connaît depuis de nombreuses années. Ainsi, si en 1995, chaque citoyen européen produisait en moyenne 460 kg de déchets ménagers, ce chiffre s'élevait, en 2004, à 520 kg par personne et il devrait atteindre 680 kg par personne d'ici 2020⁵.

3. Nécessité d'une gestion optimale.- Afin de tenir compte de ce contexte et, partant, d'assurer une protection adéquate de la santé et de l'environnement, le législateur européen est intervenu très tôt en réglementant la gestion des déchets. Actuellement, le secteur des déchets est encadré par la Directive cadre 2008/98/CE⁶ qui comprend l'ensemble des principes transversaux de gestion des déchets, et qui se voit complétée par un ensemble de directives plus spécifiques concernant soit des flux de déchets spécifiques, soit des opérations de traitement.

Sous la réserve des spécificités de son champ d'application⁷, cette directive-cadre concerne tous types de déchets, qu'ils soient solides, liquides ou gazeux, ou qu'ils émargent à des filières spécifiques réglementées telles que les équipements électriques et électroniques, les véhicules hors d'usage, les piles et accumulateurs.

Par ailleurs, un grand nombre d'activités sont visées par cette réglementation, à savoir « *la collecte, le transport, la valorisation et l'élimination des déchets, y compris la surveillance de ces opérations ainsi que la surveillance des sites de décharge après leur fermeture et notamment les actions menées en tant que négociant ou courtier* »⁸.

Il découle de la diversité de ces activités d'importantes ramifications au sein de l'ensemble des secteurs économiques, et ce d'autant plus que les déchets constituent des marchandises, susceptibles de transactions commerciales, et disposent ainsi d'une valeur économique importante. C'est d'ailleurs logiquement que la Cour de justice a appliqué aux déchets les règles encadrant la liberté de circulation des marchandises⁹.

4. Application du droit de la concurrence ?- La gestion des déchets est ainsi progressivement devenue une source d'enjeux économiques importants. De nombreux opérateurs ont développé des activités économiques en rapport avec les spécificités du secteur, créant ainsi de nombreux marchés.

La question de l'application du droit de la concurrence sur ces marchés s'est posée avec d'autant plus d'acuité que la gestion des déchets vise, *prima facie*, à protéger l'environnement. En témoigne notamment la base légale sur le fondement de laquelle la Directive 2008/98/CE a été adoptée, à savoir l'article 175 CE, devenu article 192 TFUE.

⁵ Agence européenne pour l'environnement, Briefing, 2008/1, p. 1 ; Voy. égal. Eurostat, *L'environnement en Europe – Etat et perspectives 2005*, Partie B, p. 318.

⁶ Directive 2008/98/CE relative aux déchets et abrogeant certaines directives, *J.O.*, 22 novembre 2008, L 312, p. 3.

⁷ A.-S. RENSON & C. VERDURE, « Déchets et sous-produits à l'aune de la Directive 2008/98/CE », *R.D.U.E.*, 2009/4, pp. 733-756.

⁸ Art. 3, 9) de la Directive 2008/98/CE.

⁹ C.J.C.E., 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique, dit 'Déchets wallons'*, C-2/90, *Rec.*, p. I-4431, pt. 28 ; C.J.C.E., 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten*, C-221/06, *Rec.*, 2007, p. I-9643, pts. 36-38.

Ces deux logiques ne s'excluent toutefois nullement. La Commission européenne a d'ailleurs relevé, dans son XXII^{ème} rapport sur la politique de concurrence, que le droit de la concurrence peut apporter une contribution importante à la protection de l'environnement, compte tenu notamment de la multiplication des réglementations et de l'évolution de la technologie dans ce domaine¹⁰.

Le secteur des déchets illustre parfaitement ce propos. Son « *caractère concurrentiel prononcé* » a ainsi été mis en exergue par divers auteurs¹¹. La Commission européenne a également estimé que l'objectif poursuivi par application des règles de concurrence dans ce secteur spécifique consistait à mettre en œuvre les politiques concurrentielle et environnementale, de sorte qu'elles se renforcent mutuellement, ce qui est d'autant plus important que, notamment, les marchés de matériaux recyclés vont devenir un marché de ressources capital à l'avenir¹².

5. Spécificités dans le secteur des déchets.- Actuellement, l'application du droit de la concurrence au secteur des déchets n'est plus discutée¹³, témoignant de la transversalité de l'application de corpus de règles. Toutefois, le réel enjeu consiste à en apprécier l'intensité, c'est-à-dire l'interaction entre les règles de droit de la concurrence et les principes de gestion des déchets édictés par la Directive 2008/98/CE.

À cet égard, la présente contribution entend examiner cette interaction à l'occasion de la détermination du marché pertinent en droit de la concurrence. Après un rappel de l'importance de déterminer celui-ci (I), il sera procédé à un examen spécifique de ses caractéristiques, tant sur le plan des produits (II) que sur le plan géographique (III). Il sera enfin examiné une spécificité liée aux nombreux marchés publics (IV) passés par les collectivités locales pour gérer les déchets ménagers.

¹⁰ Commission européenne, *XXIIe rapport sur la politique de concurrence 1992, 1993*, p. 56, n° 77.

¹¹ P. THIEFFRY, « Protection de l'environnement et droit communautaire de la concurrence », *JurisClasseur environnement*, fascicule 2140, avril 2009, n°6. Il convient de relever que cette assertion n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Certains estiment au contraire, qu'en raison des spécificités du secteur des déchets, la concurrence y serait « *précaire* », en ce sens que les opérations de gestion nécessiteraient un savoir-faire et une expertise spécifique, ce qui conduirait à une raréfaction des acteurs (G. BERTOLINI, « Croissance, concentration et recompositions », *Les annales des mines. Responsabilité et environnement*, janvier 2007, n° 45).

¹² Commission européenne, *Rapport sur la politique de concurrence 2005*, SEC(2006)0761, 15 juin 2006, pt. 143.

¹³ N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 163 et s. ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, n°1, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 717 et s. ; En jurisprudence, voy. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt*, C-385/07 P, *Rec.*, 2009, p. I-6155 ; Trib., 22 mars 2011, *Alstoft Recycling Austria c. Commission*, T-419/03, non encore publié au *Rec.*

I. L'importance de la détermination du marché pertinent en droit de la concurrence

6. Condition préalable.- L'application du droit de la concurrence nécessite la réunion de plusieurs conditions préalables. Il convient en effet que les entités concernées soient qualifiées d'entreprise¹⁴ au sens de ce droit, mais également que le marché dans lequel elles agissent soit défini¹⁵. Cette définition du marché pertinent constitue ainsi un « *instrument d'analyse essentiel en droit de la concurrence* »¹⁶ et présente, par conséquent, une « *importance fondamentale* »¹⁷.

Le marché pertinent en droit de la concurrence se définit tant au niveau des produits ou des services qu'au niveau géographique, et doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels sur ce marché, capables de peser sur le comportement des entreprises impliquées ou de les empêcher d'agir, indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective¹⁸.

Il s'agit ainsi d'identifier et de définir le « *périmètre* »¹⁹ à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises.

7. Différences.- Traditionnellement, la jurisprudence estime que la définition du marché joue un rôle différent, selon que l'article 101 TFUE (ancien article 81 CE) ou l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) est en cause²⁰.

En matière de position dominante, la définition adéquate du marché pertinent est ainsi une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel²¹, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité.

¹⁴ Sur cette notion, voy. not. A. AUTENNE, « La notion d'entreprise en droit européen de la concurrence : retour sur un concept clé pour déterminer la sphère d'application de l'ordre concurrentiel » in A. PUTTEMANS (coord.), *Actualité du droit de la concurrence*, coll. UB3, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 147 ; L. ARCELIN, « Etre ou (et ?) ne pas être une entreprise. C'est la question... », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007/11, p. 745.

¹⁵ L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001, 700 pp. ; P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2007, 412 pp. ; T. KAUPER, « *The Problem of Market Definition under EC Competition Law* » in B. HAWKS (ed.), *International Antitrust Law and Policy*, Fordham, 1996, pp. 239-305.

¹⁶ M.-C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1994, p. 7, n° 5.

¹⁷ C.J.C.E., 11 décembre 1980, *L'Oréal*, aff. 31/80, *Rec.*, 1980, p. 3775, pt. 25.

¹⁸ T.P.I., 9 septembre 2009, *Clearstream c. Commission*, T-301/04, *Rec.*, 2009, p. II-3155, pt. 48.

¹⁹ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.*, 1997, C 372, p. 5, pt. 3.

²⁰ T.P.I., 6 juillet 2000, *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, *Rec.*, 2000, p. II-2707, pt. 230 : « (...) la délimitation du marché ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 85 du traité ou l'article 86 du traité CE ». En ce sens, voy. également Trib., 17 décembre 2009, *Solvay c. Commission*, T-57/01, *Rec.*, 2009, p. II-4621, pt. 248 (sous pourvoi actuellement).

²¹ T.P.I., 10 mars 1992, *SIV e.a. c. Commission*, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Rec.*, 1992, p. II-1403, pt. 159 ; T.P.I., 9 septembre 2009, *Clearstream c. Commission*, T-301/04, *op. cit.*, pt. 48.

Par contre, il ressort de la jurisprudence en matière d'entente que la définition du marché en cause permet de renseigner sur la nature du produit en cause et de déterminer la part de marché des entreprises concernées. Cette définition vise ainsi principalement à déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Ainsi, dans le cadre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (article 81, paragraphe 1, CE), la Commission n'est pas tenue de définir un marché pertinent, sauf s'il lui est impossible de déterminer « *si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertées en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* »²².

8. Unicité.- Toutefois, cette approche multiple de la définition du marché est sujette à discussion. Dans des conclusions présentées le 26 mars 2009²³, l'Avocat général Yves BOT estimait que la définition du marché pertinent joue un rôle identique selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 101 TFUE (article 81 CE) qui prohibe les ententes anticoncurrentielles, l'article 102 TFUE (article 82 CE) qui prohibe les abus de position dominante, mais également le règlement (CE) n° 139/2004 en matière de concentration²⁴.

S'agissant de ce dernier règlement, la Cour a déjà relevé que la définition du marché en cause était une « *condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration* »²⁵.

Entre ces trois régimes, seule change en effet la nature du comportement reproché à un ou plusieurs opérateurs, la délimitation du marché se fondant, pour le surplus, sur des critères identiques. Une telle approche globale se justifierait d'autant plus que la Commission, elle-même, dans sa communication sur la définition des marchés²⁶, n'opère pas de distinction particulière entre ces trois régimes de concurrence.

L'Avocat général BOT relève toutefois, au regard de la Communication de la Commission relative à la détermination du marché pertinent, que les critères de délimitation du marché peuvent être appliqués « *avec souplesse et pragmatisme* » et peuvent être pondérés « *en fonction de la nature du problème de concurrence en cause, des caractéristiques des produits* ».

²² T.P.I., 25 octobre 2005, *Groupe Danone c. Commission*, T-38/02, *Rec.*, 2005, p. II-4407, pt. 99.

²³ Conclusions de l'Avocat Général Y. BOT, 26 mars 2009, présentées sous C.J.C.E., 24 septembre 2009, *Erste Group Bank AG e.a. c. Commission*, aff. jtes. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, *Rec.*, 2009, p. I-8681, pt. 162 ; Voy. également les Conclusions de l'Avocat Général P. MENDOZZI, 6 novembre 2008, présentées sous C.J.C.E., 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland c. Commission*, C-511/06 P, *Rec.*, 2009, p. I-5843, pt. 182.

²⁴ Voy., sur la définition du marché en matière de concentrations, A. AMELIO & D. DONATH, « Market definition in recent EC merger investigations : the role of empirical analysis », *Concurrences*, 2009/3, n°27214.

²⁵ C.J.C.E., 31 mars 1998, *France et Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique c. Commission*, C-68/94 et C-30/95, *Rec.*, 1998, p. I-1375, pt. 143. Sur la question, voy. D. BERLIN, « Contrôle des concentrations », *Commentaire J. Mégret*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Ed. de l'ULB, 2009, pp. 365 et s.

²⁶ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.* À cet égard, voy. S. BAKER & L. WU, « Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission », *ECL Rev.*, 1998, p. 273.

concernés ainsi que des objectifs qu'elle poursuit »²⁷.

9. Appréciation.- L'approche de l'Avocat général BOT mérite d'être suivie à divers titres. Tout d'abord, la distinction opérée en jurisprudence concerne uniquement l'obligation qu'a la Commission de déterminer le marché pertinent. Elle ne vise *a priori* pas les règles même permettant de le définir. Or, précisément, la communication de la Commission relative à la définition du marché s'applique à l'ensemble des pratiques concurrentielles, sans distinction selon les régimes de concurrence.

En outre, les principes dégagés sous l'empire de l'article 101 TFUE pourront ainsi être plus facilement appliqués pour une affaire du même secteur impliquant l'article 102 TFUE. Ils ne sont ainsi plus limités *expressis verbis* à une seule pratique anticoncurrentielle²⁸.

Il s'ensuivra ainsi une plus grande orthodoxie en recourant à une définition unique du marché pertinent en droit de la concurrence, laquelle pourra, dans un second temps, être pondérée en fonction des spécificités du cas d'espèce.

10. Dimensions du marché.- Aux fins de déterminer avec précision le marché, la Commission européenne a précisé, à la suite de la jurisprudence européenne²⁹, dans sa communication sur la définition du marché, qu'il convenait d'examiner deux dimensions spécifiques, d'une part les produits ou services en cause et d'autre part, l'étendue géographique du marché³⁰. Ces deux questions seront successivement abordées dans les points subséquents.

²⁷ Conclusions de l'Avocat Général Y. BOT, *op. cit.*, pt. 171 ; Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.*, 1997, C 372, pts. 10 et 25.

²⁸ Voy., par exemple, C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, *Rec.*, 1998, p. I-7791, pt. 33 qui précise que « [s]elon une jurisprudence bien établie, aux fins de l'application de l'article [102 TFUE], le marché du produit ou du service en cause englobe l'ensemble des produits ou services qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits ou services » (nous soulignons).

²⁹ Voy. par exemple, C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, aff. 27/76, *Rec.*, 1978, p. 207, pt. 10.

³⁰ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 7.

II. Premier volet : le marché des produits ou des services

A. Notion

11. Définition.- Le marché des produits ou des services peut être défini comme un marché qui « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »³¹. La notion de marché des produits ou des services implique ainsi qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité entre tous les produits faisant partie d'un même marché³².

Plus précisément, la jurisprudence a relevé que le marché du produit ou du service en cause englobait les produits ou les services qui sont substituables ou suffisamment interchangeables, en fonction de leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs, en fonction des conditions de concurrence et de la structure de la demande, et de l'offre sur le marché en cause³³.

Le fait que les produits ou les services soient substituables ou suffisamment interchangeables a pour conséquence qu'ils font partie d'un même marché en cause et, partant, qu'ils sont en concurrence. À l'inverse, pour être considérés comme un marché distinct, les produits en cause doivent « *s'individualiser, non seulement par le simple fait que de leur utilisation pour l'emballage de certains produits, mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination* »³⁴.

Pour apprécier si les produits ou les services font partie d'un même marché, il convient d'examiner les deux principales contraintes concurrentielles auxquelles sont soumises les entreprises, à savoir la substituabilité du côté de la demande (1), et la substituabilité au niveau de l'offre (2)³⁵.

³¹ Formulaire CO, annexe au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.*, 30 avril 2004, L 133, p. 1 ; Rectificatif, *J.O.*, 6 mai 2004, L 172, p. 9.

³² C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, C-85/76, *op. cit.*, pt. 28.

³³ T.P.I., 17 décembre 2003, *British Airways c. Commission*, T-219/99, *Rec.*, 2003, p. II-5917, pt. 91 ; C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Tetra Pak c. Commission*, C-333/94, *Rec.*, 1996, p. I-5951, pt. 13 ; C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, *Rec.*, 1998, p. I-7791, pt. 33 ; T.P.I., 30 mars 2000, *Kish Glass c. Commission*, T-65/96, *Rec.*, 2000, p. II-1885, pt. 62 ; T.P.I., 30 janvier 2007, *France Télécom SA c. Commission*, T-340/03, *Rec.*, 2007, p. II-107, pt. 78 ; C.J.C.E., 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, *Rec.*, 2008, p. I-4863, pt. 32.

³⁴ C.J.C.E., 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c. Commission*, aff. 6/72, *Rec.*, 1973, p. 215, pt. 31.

³⁵ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 13. La communication prévoit une troisième contrainte concurrentielle, à savoir la concurrence potentielle, mais celle-ci n'intervient pas dans la définition du marché (*Ibid.*, pt. 24).

1. La substituabilité du côté de la demande

12. Notion.- La substituabilité du côté de la demande est, d'un point de vue économique, le critère d'évaluation le plus immédiat et le plus efficace à l'égard des fournisseurs d'un produit donné³⁶. Cette importance de l'examen de la substituabilité du côté de la demande est fondée sur le lien direct entre l'élasticité de la demande adressée à l'entreprise et sa marge, c'est-à-dire l'écart entre le prix de vente et les coûts. Le niveau de cette marge permet de révéler le pouvoir de marché de l'entreprise³⁷.

Afin d'apprécier l'existence d'une éventuelle substituabilité du côté de la demande, il est généralement³⁸ recouru au test du « *monopoleur hypothétique* », également appelé « *SSNIP test* »³⁹, lequel est une variante – il adopte un point de vue plus subjectif – de l'examen de l'élasticité croisée des prix. Ce test vise à estimer la réaction des consommateurs en présence d'une légère augmentation des prix. Ainsi, lorsqu'il existe une forte substituabilité entre certains produits, une légère augmentation du prix (environ 5 à 10%) d'un produit a pour conséquence que les clients se tournent vers d'autres produits de substitution⁴⁰, ce qui révèle *in fine* que ces produits font partie du même marché pertinent.

Toutefois, le recours à ce test pourrait avoir pour conséquence d'élargir le marché de façon artificielle et conduire à sous-estimer le pouvoir de marché des entreprises en cause. Ce test ne saurait donc pas être utilisé comme « *une procédure automatique et aveugle de la définition du marché* »⁴¹, mais devrait être complété par une approche davantage qualitative (voy. *infra*, facteurs d'influence).

2. La substituabilité du côté de l'offre

13. Notion.- La substituabilité du côté de l'offre peut également être prise en considération pour définir le marché en cause dans les opérations où cette substituabilité a des effets équivalant à ceux de la substituabilité du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité⁴².

³⁶ T.P.I., 4 juillet 2006, *EasyJet c. Commission*, T-177/04, *Rec.*, 1006, p. II-1931, pt. 99.

³⁷ Conseil de la concurrence français, décision n°04-D-48 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Telecom, 14 octobre 2004, pt. 168.

³⁸ D'autres tests économiques peuvent être utilisés. Relevons notamment l'élasticité croisée de la demande (par laquelle on estime la variation relative des ventes d'un produit par une variation relative du prix d'un autre produit) et la corrélation des prix au cours du temps (A. WINCKLER & F. BRUNET (dir.), *Analyse économique des opérations de concentration*, 2^{ème} éd., coll. Droit/Economie, Bruxelles, De Boeck, 1998, p. 316). Voy. également, sur l'élasticité croisée, L. KAPLOV, « Why (ever) define markets ? », *Harvard law Review*, 2010, p. 437, spéc. pp. 482 et s.

³⁹ SNIP est l'acronyme de « *Small but Significant Non transitory Increase in Price* ».

⁴⁰ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 17.

⁴¹ M. GLAIS, « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Economie rurale*, 2003, n°277-278, p. 33.

⁴² J. FAULL & A. NICKPAY, *The EC Law of Competition*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, n° 1-156.

Il faut, pour cela, que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, en réaction à des variations légères, mais durables, des prix relatifs⁴³.

Cela signifie que certaines entreprises, qui n'offrent pas de produits *a priori* interchangeables, peuvent facilement modifier, dans une période très courte, leurs méthodes de production de façon à fabriquer des produits considérés comme tels par le consommateur. Afin d'évaluer l'élasticité de l'offre, il est opportun d'examiner les techniques de production, les installations, les machines ou le niveau de technologie requis pour fabriquer les produits en question.

Si ces entreprises ne peuvent offrir les produits concernés qu'au prix d'une adaptation notable de leurs immobilisations corporelles et incorporelles existantes, de lourds investissements supplémentaires, d'une révision des décisions stratégiques ou de retards importants, il n'en sera pas tenu compte pour la définition du marché de référence.

B. Facteurs d'influence

14. Appréciation.- La Communication sur la définition du marché précise qu'un certain nombre d'éléments, qui constituent un « *faisceau* », permettent d'apprécier l'étendue de la substituabilité. Il y est précisé que, dans certains cas, certains éléments peuvent s'avérer déterminants, en fonction des caractéristiques et spécificités du secteur et des produits, en l'espèce les déchets, ou des services considérés (voy. *infra*)⁴⁴.

Cette assertion se vérifie d'autant plus facilement dans le secteur des déchets. Celui-ci est en effet un domaine évolutif, qui est, en comparaison avec d'autres secteurs appréhendés par le droit de la concurrence, éminemment réglementé (voy. *supra*). L'évolution de la réglementation peut d'ailleurs avoir une influence sur la structure du marché. L'autorité française de la concurrence a ainsi admis qu'un durcissement du cadre normatif pouvait avoir pour conséquence directe d'augmenter les coûts de la collecte et du traitement des déchets, tout en rendant l'activité plus complexe et plus technique⁴⁵.

Cette importance de la réglementation se retrouve au sein de l'ensemble des éléments d'appréciation de la définition du marché pertinent. La réglementation ne sera pas uniquement appréciée de manière exogène, mais influencera chacun desdits éléments.

⁴³ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 20.

⁴⁴ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 25.

⁴⁵ Conseil de la concurrence français, décision n°05-D-35 relative à des pratiques mises en œuvre lors d'un appel d'offres visant à renouveler le contrat de collecte sélective de déchets ménagers et assimilés, 30 juin 2005, pt. 1.

In fine, l'appréciation de l'éventuelle substituabilité entre certains types de déchets incombera au juge national. La Cour de justice l'a d'ailleurs précisé, dans son arrêt *Sydhavnens Sten & Grus*, en estimant que le juge national devait, dans le cas d'espèce, examiner si le traitement des déchets de chantier non dangereux constituait un marché distinct du traitement d'autres types de déchets⁴⁶.

1. Les caractéristiques des déchets

15. Flux réglementés.- Il ressort de la jurisprudence que certains produits peuvent constituer un marché distinct lorsqu'ils s'individualisent en raison de caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination ou lorsqu'ils s'individualisent par le fait de leur utilisation⁴⁷. Les spécificités du secteur des déchets vont, à cet égard, avoir une importance cruciale.

En effet, il convient tout d'abord de tenir compte des diverses réglementations sectorielles consacrées à des flux spécifiques de déchets, tels que les piles⁴⁸, les déchets électriques et électromagnétiques⁴⁹, etc.

Ces réglementations sectorielles imposent *de facto* de prendre en considération la nature des déchets qu'elles réglementent. Elles peuvent en effet prévoir certaines obligations spécifiques en matière de collecte et de recyclage. Ainsi, par exemple, les piles électriques doivent être collectées séparément des autres types de déchets ménagers⁵⁰. Le traitement et le recyclage des piles doivent également être réalisés par des systèmes instaurés par les producteurs ou des tiers, qui utilisent les meilleures techniques disponibles⁵¹. Par ailleurs, le taux de recyclage à atteindre varie selon les types de déchet.

Ainsi, les réglementations sectorielles dans le domaine des déchets façonnent les caractéristiques des produits en critère déterminant de la définition des marchés. Elles ont pour conséquence que différents types de déchets ne seront pas substituables, sur le plan juridique.

Le corollaire de ce constat est que, selon la méthode de gestion envisagée, certaines catégories de déchets ne seront pas substituables entre eux. Ainsi, la Directive 2008/98/CE prévoit par exemple que, les déchets voués à être valorisés, sont collectés séparément, pour autant que cette opération soit réalisable (sur un plan technique, environnemental et économique) et ne sont pas mélangés à d'autres déchets ou matériaux aux propriétés différentes⁵².

⁴⁶ C.J.C.E., 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, *Rec.*, 2000, p. I-3743, pt. 78.

⁴⁷ C.J.C.E., 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can c. Commission*, C-6/72, *Rec.*, 1973, p. 215, pt. 33.

⁴⁸ Directive 2006/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs et abrogeant la directive 91/157/CEE, *J.O.*, 26 septembre 2006, L 266, p. 1.

⁴⁹ Directive 2002/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 relative aux déchets d'équipement électriques et électroniques, *J.O.*, 13 février 2003, L 37, p. 24.

⁵⁰ Article 7 de la Directive 2006/66/CE.

⁵¹ Article 12 de la Directive 2006/66/CE.

⁵² Article 10, §2 de la Directive 2008/98/CE.

La Commission a ainsi estimé que le papier-carton, le fer, l'aluminium et le papier, collectés et triés en vue de leur valorisation constituaient des marchés distincts⁵³.

16. Matériaux uniques, marchés multiples.- Outre les flux réglementés, certains matériaux peuvent constituer une grande variété de déchets qu'il convient de traiter distinctement. C'est notamment le cas pour le verre où la Commission a déjà relevé qu'il convenait de distinguer le verre traité des récipients en verre, dès lors que les centres de recyclage étaient différents⁵⁴.

L'autorité de concurrence roumaine a, quant à elle, opposé les métaux ferreux ou métaux non ferreux, en tant que marchés distincts⁵⁵.

17. Conséquences en droit de la concurrence.- Les caractéristiques des déchets sont à ce point spécifiques qu'il est difficile d'établir une substituabilité entre eux. Ainsi, par exemple, les caractéristiques d'un déchet nucléaire ne sont pas comparables à celles d'un déchet ménager. En outre, Au contraire, tant au regard de la réglementation de flux spécifiques qu'au regard des opérations de traitement des déchets (voy. *infra*), il apparaît que chaque déchet pourrait constituer un marché spécifique.

Toutefois, une telle analyse pose certaines difficultés, au regard du faible nombre d'opérateurs qui seraient présents sur chacun des marchés, ce qui mènerait *de facto* à l'existence d'une position dominante (qui ne serait sanctionnée qu'en présence d'un abus lié à celle-ci).

La Commission européenne ne s'est toutefois pas aventurée dans une segmentation aussi précise⁵⁶. Elle oppose, traditionnellement, les déchets banals, d'une part, aux déchets industriels spéciaux (qui correspondent *in concreto* aux déchets dangereux⁵⁷), d'autre part.

Une telle classification s'inscrit dans la logique de la Communication sur la définition du marché qui précise que « *si l'opération ne pose aucun problème sous l'angle de la concurrence, la question de la définition du marché est laissée en suspens* ».

L'avantage de ne pas procéder à une segmentation accrue, au regard des caractéristiques des déchets, permet ainsi d'obtenir un marché des produits en cause relativement important où le nombre d'opérateurs présents s'avère plus élevé.

Cette solution ne serait toutefois possible, à notre estime, que pour les déchets non réglementés, même si elle pourrait avoir pour conséquence de diluer certaines positions dominantes vu le regroupement théorique des diverses catégories de déchets au sein d'un même marché.

⁵³ Décision de la Commission, 17 septembre 2001, *J.O.*, 4 décembre 2001, L 319, p. 1.

⁵⁴ Décision de la Commission, aff. COMP/M.4576, *AVR c. Van Ganswinkel*, 3 avril 2007, pt. 13.

⁵⁵ Décision du Président du Conseil français de la concurrence relative à la concentration économique entre SC Rematinvest SRL et SC Remat Alba SA, n°95/21.04.2006.

⁵⁶ Voy. Commission européenne, *DG Competition paper concerning Issues of Competition in Waste Management systems*. La pratique de la commission est appliquée *mutatis mutandis* par l'autorité belge de la concurrence (voy., par exemple, Conseil de la concurrence belge, décision n°2008-P/K-10-AUD, *FEGE c. Idelux*, 21 mars 2008).

⁵⁷ Article 3, 2) de la Directive 2008/98/CE.

À l'inverse, les déchets encadrés par des directives sectorielles seront vraisemblablement considérés comme des marchés séparés, au regard des principes contenus au sein de ces dernières.

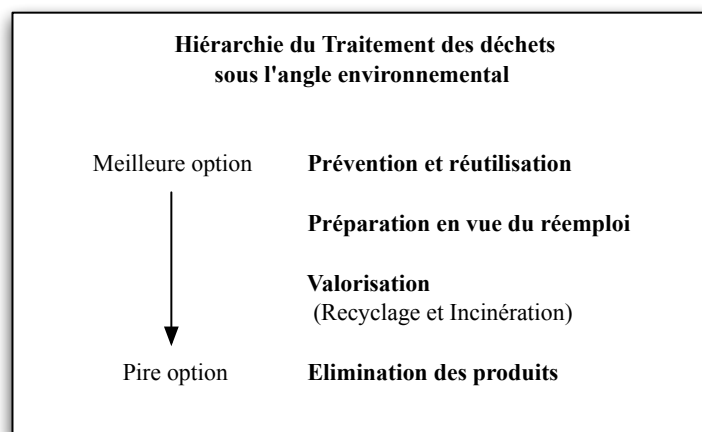
2. Les services relatifs aux déchets

18. Hiérarchie des déchets.- La directive cadre 2008/98/CE établit une « *hiérarchie des déchets* »⁵⁸ c'est-à-dire un ordre de priorité dans la législation et la politique en matière de prévention et de gestion des déchets. Cette hiérarchie précise quelles sont les méthodes qui protègent davantage l'environnement et celles qui doivent être évitées autant que possible à cet égard.

La hiérarchie établie est la suivante :

- (i) Prévention ;
- (ii) Préparation en vue du réemploi ;
- (iii) Recyclage ;
- (iv) Valorisation (en ce compris la valorisation énergétique, notamment par incinération) ;
- (v) Elimination.

Cette hiérarchie peut être schématisée, moyennant quelques précisions (voy. les développements subséquents), comme suit :



Au sein de cette hiérarchie, de nombreuses opérations peuvent faire l'objet de services spécifiques⁵⁹ offerts par des entreprises spécialisées. Il convient d'examiner si ces services sont substituables, c'est-à-dire s'ils constituent « *l'ensemble des services qui, en fonction de*

⁵⁸ Article 4 de la Directive 2008/98/CE.

⁵⁹ En ce sens, conclusions de l'Avocat Général J. MAZAK, 19 février 2009, présentées sous C.J.C.E., 6 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, *Rec.*, 2009, p. I-4747, pt. 1. Voy., *a contrario*, l'article 17, paragraphe 1, sous e), de la Directive 2006/123/CE (du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, 27 décembre 2006, L 376, p. 36) qui précise les dérogations à la libre prestation des services et vise notamment le traitement des déchets, lorsqu'il est effectué dans le cadre d'un service d'intérêt économique général.

leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants »⁶⁰.

S'il appert qu'ils sont substituables, les différents processus feront partie d'un même marché, le cas échéant, pour un déchet déterminé. La jurisprudence a apporté certaines précisions relatives aux critères qui peuvent entrer en considération pour apprécier l'éventuelle substituabilité entre les opérations de gestion des déchets.

Tout d'abord, la Cour d'appel de Paris a relevé, dans un arrêt du 12 mars 2002, que, « *le fait que le coût de la mise en décharge serait très inférieur à celui des autres modes de traitement [...] ne permet pas de subdiviser le marché du traitement des ordures ménagères selon les techniques employées* »⁶¹.

Ensuite, convient-il de tenir compte de l'impact environnemental des opérations de traitement ? dans l'affirmative, leur substituabilité n'apparaîtrait pas de manière évidente⁶², dès lors que, précisément, la hiérarchie des déchets opère une gradation dans l'impact environnemental des opérations de traitement.

C'est d'ailleurs la position qui avait été défendue par le Conseil français de la concurrence, lequel avait estimé que le traitement des ordures ménagères en décharge contrôlée constituait un marché distinct de celui de leur incinération ou de leur compostage⁶³.

La Cour de cassation française a toutefois cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui confirmait cette interprétation du Conseil français de la concurrence, au motif qu'il fallait démontrer que le choix des opérateurs finaux serait influencé par la protection accrue de l'environnement d'un procédé au détriment d'un autre. La Cour de cassation a ainsi estimé que « *le fait que la mise en décharge contrôlée permettrait d'éviter les déchets ultimes générés par les autres modes de gestion n'était pas significatif de l'absence de substituabilité avec eux en l'absence de démonstration que le choix des demandeurs à l'élimination est effectivement déterminé par des considérations tenant à leurs spécificités techniques* »⁶⁴.

À cet égard, la position adoptée par la Cour de cassation nous laisse un peu perplexe au regard de la hiérarchie des déchets. En effet, le simple fait que la mise en décharge peut, s'agissant des déchets ultimes, davantage protéger l'environnement pourrait mener à établir l'absence de substituabilité avec les autres opérations de traitement, sans qu'il faille apprécier le choix de l'opérateur.

⁶⁰ C.J.C.E., 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (NBIM)*, aff. 322/81, *op. cit.*, pt. 37. Pour un cas d'application en matière de services, voy. Comm. Brux. (réf.), 20 septembre 2007, *R.D.T.I.*, 2008/1, p. 105, note N. PETIT, « L'ordonnance Actua TV contre Belgacom TV, ou l'art de la définition stratégique du marché pertinent ».

⁶¹ C.A. Paris, (1^{ère} ch.), 12 mars 2002, *SA Routière de l'Est Parisien (REP) c. Conseil de la concurrence*, *B.O.C.C.R.F.*, 24 juin 2002, n°10.

⁶² H. VEDDER, *Competition Law and Environmental protection in Europe – Towards Sustainability*, Groningen, Europa law publishing, 2003, p. 203.

⁶³ Conseil de la concurrence français, décision n°98-D-61, 10 octobre 1998, *B.O.C.C.R.F.*, 31 décembre 1998, n°24.

⁶⁴ Cass. com., 22 mai 2001, *Contrats Concurrence Consommation*, 2001, n° 135, obs. MALAURIE-VIGNAL.

19. Conséquences en droit de la concurrence.- La Commission a toutefois adopté une approche qui prend en considération la signification et l'importance de la hiérarchie établie par la Directive 2008/98/CE sur l'environnement.

La Commission opère ainsi, et ce sans démontrer l'éventuel avantage environnemental, une distinction entre certaines méthodes de traitement des déchets.

S'agissant des déchets banals⁶⁵, elle distingue : (i) le marché de la collecte des déchets ménagers ; (ii) le marché de la collecte des déchets industriels ; (iii) le marché de la mise en décharge des déchets banals ; et (iv) le marché de l'incinération des déchets banals.

En ce qui concerne les déchets industriels spéciaux, ce sont également quatre sous-marchés qui sont admis généralement par la Commission, à savoir⁶⁶ : (i) la collecte ; (ii) l'incinération ; (iii) la détoxification ; et (iv) l'enfouissement. L'absence de substituabilité entre ces méthodes de traitement se comprend, dès lors qu'elles correspondent chacune aux caractéristiques physico-chimiques des différents déchets industriels spéciaux. Ainsi, la détoxification vise les bases, les acides, ou les polluants dont la toxicité est d'origine minérale. L'incinération traite les polluants d'origine organique. L'évapo-incinération permet, quant à elle, lorsque les caractéristiques chimiques du déchet s'y prêtent, de concentrer en polluant les déchets à incinérer⁶⁷.

Il en résulte que les méthodes de traitement ne sont pas substituables entre elles, dès lors qu'elles ne permettent pas de traiter adéquatement tout type de déchet, compte tenu des spécificités de ces derniers.

Une telle conclusion peut également être appréciée, du point de vue de la substituabilité de l'offre. En effet, la technicité des opérations de traitement des déchets a pour conséquence une limitation du nombre d'opérateurs susceptibles d'arriver sur le marché, dès lors que le lancement d'une nouvelle activité requiert de lourds investissements et une connaissance technique particulière.

Cette position a été confirmée par le Tribunal de l'Union européenne, dans un arrêt récent du 22 mars 2011. Le Tribunal a en effet conformé que, les marchés de la collecte et du tri d'emballages ménagers et industriels présentaient « *des différences suffisamment importantes pour que les prestations des entreprises de collecte et de tri spécialisées sur l'un de ces deux marchés ne soient pas interchangeables et que lesdites entreprises ne puissent pas fournir leurs services sur l'autre marché* »⁶⁸.

L'approche ainsi suivie pourrait d'ailleurs être affinée en précisant que chaque technique de gestion des déchets relevant des catégories prévues par la hiérarchie des déchets, n'est pas substituable avec une autre. Une telle approche, trop segmentée, pourrait toutefois avoir pour conséquence de limiter le nombre d'opérateurs présents sur ce marché.

⁶⁵ Décision de la Commission européenne, aff. IV/M.916, *op. cit.*, pt. 23 ; Voy. en ce sens, Conseil de la concurrence belge, décision n°2006-C/C-06/0022, *Véolia Propreté SA/ Severn Trent Holdings NV, M.B.*, 3 août 2006 ; Conseil de la concurrence belge, décision n°2008-P/K-06/0017, *Fege / Idelux*, 21 mars 2008.

⁶⁶ Décision de la Commission européenne, aff. IV/M.916, *op. cit.*, pt. 24.

⁶⁷ Décision de la Commission européenne, aff. IV/M.295, *SITA-RPC c. SCORI*, 19 mars 1993, *J.O.*, 30 mars 1993, C 88, pt. 18.

⁶⁸ Trib., 22 mars 2011, *Alstoff Recycling Austria c. Commission*, T-419/03, *op. cit.*, pt. 71.

3. Les autorisations

20. Situation.- La définition du marché pertinent, au regard des catégories de déchets et des services y-afférents, peut également être affectée par la réglementation elle-même, qui peut, en amont, limiter l'accès au marché à un nombre limité d'opérateurs, via l'instauration d'un agrément administratif, ou de permis tant pour certains flux de déchets spécifiques que pour des types de traitement (voy. *supra*).

Ainsi, par exemple, la directive 2000/76/CE précise, en son article 4, paragraphe 1, qu'« aucune installation d'incinération ou de coïncinération n'est exploitée sans qu'un permis ait été délivré pour exécuter ces activités ». Les conditions d'octroi de ce permis sont en outre plus strictes, si l'opérateur envisage de traiter des déchets dangereux⁶⁹.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 septembre 2009⁷⁰ permet d'illustrer cette situation. Les pouvoirs publics avaient agréé la société Eco-Emballages afin de promouvoir, auprès des collectivités, le tri et le recyclage des déchets d'emballages ménagers. Un concurrent désireux de se lancer sur le marché s'est heurté au système d'agrément établi ainsi qu'aux contrats passés entre Eco-Emballages et diverses collectivités locales.

Dans le même ordre d'idées, la Commission a précisé, dans sa décision *Der Grüne Punkt* qu'un système collectif de reprise et de valorisation des déchets d'emballage en vertu duquel une société unique traite l'ensemble des déchets produits par ses adhérents n'était pas comparable, du point de vue de l'offre, aux régimes autorisant les producteurs d'emballages à collecter à titre individuel leurs déchets⁷¹.

Dans ce cadre, la réglementation influence la substituabilité du côté de l'offre, car l'instauration d'un agrément administratif limitera *de facto*, voir parfois *de jure*, le nombre d'opérateurs. Elle pourra également, limiter ce nombre d'opérateurs, pour une zone déterminée, influant de la sorte sur la détermination géographique du marché (voy. *infra*).

C. Conclusion intermédiaire

21. Segmentation.- La détermination du marché pertinent, sous l'angle des produits ou des services concernés, est assez délicate dans le secteur des déchets. En effet, la technicité du secteur, la particularité de certains flux de déchets, les principes édictés par la Directive 2008/98/CE (notamment, s'agissant des méthodes de traitement) emportent une difficile substituabilité entre ces produits ou ces services.

Eu égard à la spécificité du secteur en raison de ses nombreuses ramifications, nous proposons une cartographie des marchés où, en premier lieu, chaque flux de déchets, à tout le moins ceux qui sont visés par une directive sectorielle, constituerait un marché distinct. Ensuite, au sein de chaque flux, les méthodes de traitement pourraient également être non substituables,

⁶⁹ Article 4, paragraphe 5, de la directive 2000/76/CE.

⁷⁰ C.A. Paris (7^{ème} ch.), 11 septembre 2009, *DKT International c. Eco-emballages*, RG n°2009/16626.

⁷¹ Décision de la Commission, 2001/463/CE, du 20 avril 2001, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, *J.O.*, 21 juin 2001, L 166, p. 1.

notamment dans le cas de déchets dangereux. Il y aurait ainsi une multitude de marchés pertinents :

| | | Catégories de déchets | | | | | |
|--------------------------|------------------|-----------------------|-----------|-------------|-----------|-------------------|---------|
| | | Piles | Véhicules | Verre blanc | Batteries | Déchets dangereux | etc ... |
| Opérations de traitement | Stockage | X | X | X | X | X | X |
| | Collecte | X | X | X | X | X | X |
| | Valorisation | X | X | X | X | X | X |
| | Incinération | X | X | X | X | X | X |
| | Mise en décharge | X | X | X | X | X | X |

22. Appréciation.- En pratique, il appert toutefois qu'une telle grille n'est pas appliquée, voire s'avérerait difficilement applicable.

En effet, s'agissant des produits, la démarche suivie par la Commission est moins approfondie que celle issue de la réglementation. Elle ne procède en effet pas à une distinction par flux de déchets, même s'agissant de ceux réglementés.

Par contre, s'agissant des services, la Commission a pris toute la mesure des distinctions opérées dans la réglementation, en estimant que ceux-ci n'étaient pas substituables entre eux. Son approche n'est toutefois pas radicale, en ce qu'elle ne distingue pas chaque opération de traitement séparément de la suivante.

Cette approche de la Commission s'avère ainsi assez flexible, pour apprécier au mieux la situation concurrentielle réelle sur le marché qu'elle définit. L'approche qu'elle adopte, outre le fait qu'elle a rarement été mise en cause par les parties intéressées, peut résulter de la volonté de ne pas restreindre le périmètre du marché, afin de disposer d'un nombre suffisant d'acteurs présents sur le marché. À défaut, ils seraient *de facto* en position dominante, voire en position dominante collective, dès lors qu'ils seraient peu nombreux, compte tenu notamment des contraintes précitées, d'ordre technique, financier et administratif⁷².

L'approche actuelle pourra toutefois être amenée à évoluer à l'avenir⁷³, tant le secteur des déchets connaît de profondes évolutions, notamment en terme de fusions d'opérateurs.

⁷² Voy., en ce sens, C.A. Paris (1^{ère} ch.), 26 septembre 2006, *Le Syndicat des eaux d'Ile de France*, R.G. n°2005/23649.

⁷³ « La Commission est tenue de procéder à une analyse individualisée des circonstances propres à chaque affaire, sans être liée par des décisions antérieures qui concernent d'autres opérateurs économiques, d'autres marchés de produits et de services ou d'autres marchés géographiques à des moments différents » (T.P.I., 30 septembre 2003, *Cableuropa e.a. c. Commission*, T-346/02 et T-347/02, *Rec.*, 2003, p. II-4251, pt. 191).

III. Second volet: le marché géographique

A. Notion

23. Notion.- Le volet géographique du marché constitue la seconde étape de la détermination du marché pertinent. Il s'agit du territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines vu que les conditions de concurrence diffèrent de manière appréciable⁷⁴.

La Cour de justice avait, quant à elle, défini le marché géographique, dans son arrêt *United Brands*, comme « une zone géographique définie dans laquelle (le produit en cause) est commercialisé et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour pouvoir apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise intéressée »⁷⁵.

L'appréciation du marché géographique va également être définie au regard, en premier lieu de l'examen de la demande et, le cas échéant, en second lieu, de l'examen de l'offre.

S'agissant de l'examen de la demande, la Commission va notamment vérifier l'importance des préférences nationales ou locales, les habitudes d'achat des clients, la différenciation des produits, afin de déterminer si des sociétés implantées dans d'autres zones géographiques constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs. Dans ce cas également, il s'agit d'examiner si, en présence d'une variation des prix relatifs, les clients des parties transfèreraient leurs commandes vers des sociétés implantées ailleurs, à court terme et à moindre coût⁷⁶.

L'examen des facteurs liés à l'offre permettront, quant à eux, de vérifier si des sociétés implantées dans des zones distinctes ne se heurtent pas à des entraves si elles souhaitent développer leurs ventes dans des conditions concurrentielles sur l'ensemble du marché géographique. Cette analyse comprendra notamment un examen des conditions requises pour pouvoir s'implanter sur place, afin de vendre dans la région concernée, des conditions d'accès aux canaux de distribution, du coût d'implantation d'un réseau de distribution et de l'existence, ou de l'absence, de barrières réglementaires liées aux marchés publics, à la réglementation des prix, aux conditions d'obtention des autorisations administratives, etc⁷⁷.

⁷⁴ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 8 ; Voy. également, en ce sens, C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, aff. 27/76, *Rec.*, 1978, p. 207, pt. 11 ; T.P.I., 30 mars 2000, *Kish Glass c. Commission*, T-65/96, *Rec.*, 2000, p. II-1885, pt. 81.

⁷⁵ C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, *Rec.*, 1978, p. 216, pt. 11 ; Adde T.P.I., 6 octobre 1994, *Tetra Pak c. Commission*, T-83/91, *Rec.*, 1994, p. II-755, pt. 91 ; T.P.I., 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, T-128/98, *Rec.*, 2000, p. II-3929, pt. 140. Voy. également, en ce sens, le formulaire CO, annexé au Règlement (CE) n°802/2004, *op. cit.*

⁷⁶ Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*, pt. 29.

⁷⁷ *Ibid.*, pt. 30.

B. Partie substantielle du marché

24. Notion.- Le prescrit de l'article 102 TFUE (ancien article 82 CE) dispose qu'il convient que le marché ou une partie substantielle de celui-ci soit affecté⁷⁸.

Plus précisément, selon la jurisprudence de la Cour de justice, un marché de référence qui comprend le territoire d'au moins un Etat membre constitue presque automatiquement une partie substantielle du marché commun⁷⁹.

Ce fut notamment le cas dans l'arrêt du Tribunal rendu dans le cadre de l'affaire *Der Grüne Punkt* où le territoire en cause était constitué de l'entièreté du territoire allemand⁸⁰. Il en va de même, à la suite de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Dusseldorp*, pour le marché de l'incinération des déchets dangereux qui concernait, quant à lui l'entièreté du territoire des Pays-Bas⁸¹.

Par contre, si les pratiques ne sont concentrées que sur une localité, il est plus difficile que le marché soit affecté, ainsi que le Conseil de la concurrence belge a déjà pu l'apprécier à diverses reprises⁸². La Commission a également relevé, dans l'affaire *Waste Management International*⁸³, que le marché d'élimination des déchets non dangereux était un marché local⁸⁴, compte tenu de divers facteurs, tels que la réglementation, les coûts de transport élevés, etc.

Toutefois, cette règle n'est pas immuable. Ainsi, la Cour de justice a précisé que même si le marché était concentré sur le territoire d'une seule ville, en l'occurrence la ville de Copenhague, il convenait d'apprécier l'importance que représente le volume de déchets produits sur le territoire de cette ville par rapport à l'ensemble des activités de traitement de déchets de chantier au Danemark⁸⁵, afin de déterminer si, en l'espèce, une partie substantielle du marché était affectée.

⁷⁸ En ce sens, C.J.C.E., 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, *Rec.*, 1971, p. 487.

⁷⁹ C.J.C.E., 9 novembre 1983, *Michelin c. Commission*, aff. 322/81, *Rec.*, 1983, p. 3461, pt. 28 ; T.P.I., 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn c. Commission*, T-229/94, *Rec.*, 1997, p. II-1689, pt. 92 ; C.J.C.E., 25 juin 1998, *Dusseldorp e.a.*, C-203/96, *Rec.*, 1998, p. I-4075, pt. 60 ; C.J.C.E., 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, *Rec.*, 1998, p. I-7791, pt. 36 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, 1999, p. I-5751, pt. 92 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, *Rec.*, 2001, p. I-4109, pt. 43 ; C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Rec.*, 2003, p. I-5197, pt. 79.

⁸⁰ T.P.I., 24 mai 2007, *Duales System Deutschland c. Commission*, T-151/01, *Rec.*, 2007, p. II-1607, pt. 47.

⁸¹ C.J.C.E., 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp*, C-203/96, *Rec.*, p. I-4075, pt. 60. Sur cet arrêt, voy. not. P. NIHOUL, « Les droits exclusifs en matière de déchets au regard du droit européen de la concurrence », *Amén.-Env.*, 1999/1, p. 16.

⁸² Conseil de la Concurrence belge, décision n°2007-P/K-35, *Hoc*, 20 décembre 2007. Voy. à cet égard, C. VERDURE, « L'organisation des services de garde des pharmaciens au regard du droit de la concurrence » in H. DE BAUW (éd.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging – Annuaire Pratiques du Commerce & Concurrence 2007*, Anvers, Kluwer, 2008, pp. 1093-1101.

⁸³ Décision de la Commission, affaire IV/M.283 *Waste management International/SAE* ; Décision de la Commission, affaire IV/M. 868, *GKN/Brambles/Mabeg*, 20 décembre 1996, pt. 13.

⁸⁴ En ce sens, Commission européenne, *Rapport sur la politique de concurrence 2005*, *op. cit.*, pt. 146.

⁸⁵ C.J.C.E., 23 mai 2000, C-209/98, *op. cit.*, pt. 64.

C. Facteurs d'influence

25. Fluctuabilité.- La définition du marché géographique est réalisée, à l'instar du marché des produits ou des services, en tenant compte de plusieurs éléments, tels que la nature et les caractéristiques des produits ou des services concernés, l'existence de barrières à l'entrée, les préférences des consommateurs ainsi que l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences considérables de parts de marché des entreprises ou de différences de prix substantielles⁸⁶.

Il est intéressant de relever un facteur déterminant, dans le secteur des déchets ménagers, pour l'appréciation du marché géographique. Ce facteur émane de la réglementation qui a instauré un principe de proximité⁸⁷, en vertu duquel il est enjoint à « *chaque région, commune ou autre entité locale de prendre les mesures appropriées afin d'assurer la réception, le traitement et l'élimination de ses propres déchets* ». En d'autres termes, les déchets doivent être, dans la mesure du possible, éliminés aussi près que possible du lieu de leur production, en vue de limiter leur transport⁸⁸. Ainsi, les déchets ménagers du Nord Pas de Calais ne devraient, en principe pas, être traités à Marseille.

Par ailleurs, le Conseil français de la concurrence a ainsi relevé que le coût du transport incitait également à un traitement de proximité des déchets hospitaliers⁸⁹.

Ces deux facteurs influent sur l'appréciation d'un marché des déchets ménagers qui apparaît comme local.

D. Conclusion intermédiaire

26. Conclusion.- La définition du marché géographique est également influencée par une série de facteurs. Parmi ceux-ci, la réglementation en matière de déchets a institué le principe de proximité, afin de corriger « par priorité à la source », les atteintes à l'environnement.

Bien que ce principe ne soit qu'un facteur qui peut influencer la délimitation géographique du marché, elle nous apparaît comme essentielle dès lors que de nombreuses réglementations nationales ont cloisonné les marchés de la gestion des déchets ménagers au niveau local. Il apparaîtra ainsi assez délicat d'avoir un marché national en cause.

Toutefois, même en l'absence d'un marché national, la concurrence peut être affectée si une part substantielle du marché est atteinte. À la suite de l'arrêt *Sydhavnens*, il conviendra toutefois de s'assurer que la proportion des déchets en cause, gérés localement, est importante

⁸⁶ T.P.I., 30 septembre 2003, *Cableuropa e.a. c. Commission*, T-346/02 et T-347/02, Rec., 2003, p. II-4251, pt. 115.

⁸⁷ Article 16 de la Directive 2008/98/CE ; Voy. M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Mélanges P. LAGARDE*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 241-262.

⁸⁸ C.J.C.E., 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, C-2/90, Rec., 1992, p. I-4431, pt. 34 ; C.J.U.E., 21 janvier 2010, *Commission c. Allemagne*, C-17/09, non encore publié au Rec., pt. 16.

⁸⁹ Conseil de la concurrence français, décision n° 03-D-61, 17 décembre 2003, pts. 54 & 55. ; En ce sens, C.A. Paris (1^{ère} ch.), 13 avril 1999, *Dextra & Genet*, B.O.C.C.R.F., 12 mai 1999, n° 9.

au regard de la production nationale desdits déchets. Le cas échéant, la localité où se déroule la gestion de ces déchets pourra constituer une part substantielle du marché.

Une telle approche, qui doit être saluée, illustre une certaine flexibilité dans l'application des règles du droit de la concurrence. Elle permet notamment, en considérant par exemple qu'une localité puisse être considérée comme une partie substantielle du marché s'agissant des déchets ménagers, que les principes environnementaux édictés par la Directive 2008/98/CE n'aient pour conséquence d'éluider l'application des règles de concurrence.

IV. L'apport des procédures d'adjudication

27. Spécificités.- Aux fins de l'appréciation du marché pertinent, tant dans sa dimension « produits » que « géographique », il convient de tenir compte de l'organisation de la gestion des déchets.

En effet, à la différence d'autres catégories de déchets (tels les marchés industriels), la gestion des déchets ménagers relève de la compétence des collectivités territoriales. *A priori*, celles-ci peuvent accomplir les tâches d'intérêt public qui leur incombent par leurs propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à leurs services⁹⁰.

Toutefois, il leur est loisible de recourir à un marché public pour réaliser, par exemple, la collecte des déchets ménagers. Les collectivités devront alors respecter intégralement la réglementation en matière de marchés publics. À cet égard, le secteur des déchets n'emporte aucune particularité. La Cour de justice l'a d'ailleurs relevé en estimant que « [l]a question de l'articulation entre le droit des marchés publics et le droit des déchets ne saurait [pas] justifier le fait, d'avoir passé un marché public de services relatifs à l'élimination de biodéchets et de déchets verts sans recourir à une procédure de passation avec appel d'offres européen »⁹¹.

28. Appel d'offre.- Lorsque les collectivités locales décident de procéder par une procédure de marché public pour la gestion des certains déchets, l'appel d'offre va figer le marché. La Cour d'appel de Paris a relevé à cet égard que « le marché qui fait l'objet d'un appel d'offres constitue en soi le marché pertinent au sens du droit de la concurrence »⁹².

Le Conseil français de la concurrence a abondé en ce sens, tout en précisant que « de manière générale, la jurisprudence considère qu'un appel d'offres pour la fourniture d'un bien ou d'un service constitue un marché pertinent au sens du droit de la concurrence : le demandeur est l'organisateur de l'appel d'offres et les offreurs en compétition sur ce marché sont les opérateurs susceptibles d'y répondre »⁹³.

⁹⁰ C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle & RPL Lochau*, C-26/03, *Rec.*, 2005, p. I-1, pt. 48.

⁹¹ C.J.U.E., 21 janvier 2010, C-17/09, *op. cit.*, pt. 18.

⁹² C.A. Paris, 12 décembre 2000, cité par Conseil de la concurrence français, décision n°2001-D-17, 25 avril 2001, *B.O.C.C.R.F.*, 2001, n°10.

⁹³ Conseil de la concurrence français, décision n° 08D05, 27 mars 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des commerces sous douane des aéroports parisiens, *A.J.D.A.*, 2008, p. 1131, obs. L. RICHER.

Conclusion

29. Flexibilité du droit de la concurrence.- La détermination du marché pertinent constitue un préalable pour établir l'éventuelle position dominante d'une entreprise dans un secteur déterminé. Le double examen qui doit être opéré (marché de produits et marché géographique) s'avère assez délicat dans le secteur des déchets, dès lors que ce dernier emporte nombre de spécificités.

À cet égard, la présente contribution a mis en exergue certains éléments qui peuvent influencer, dans le secteur des déchets, la délimitation des produits ou des services en cause, ainsi que le territoire en cause. Il en résulte également que la pratique actuelle de la Commission tient compte tant de la structure du marché que des principes édictés par la réglementation européenne applicable au secteur des déchets.

L'approche retenue permet de s'assurer que la détermination du marché qui pourrait résulter d'une application rigide de la législation mène à une raréfaction des opérateurs, dès lors que seuls certains pourraient gérer un flux spécifique de déchet, une technique de gestion ou disposeraient de l'agrément administratif idoine. La conséquence serait que les comportements sur le marché seraient plus facilement considérés comme étant contraires aux règles de droit de la concurrence. En outre, en vertu des principes édictés par la réglementation, certains marchés définis pourraient ne pas constituer « une partie substantielle du marché » et, partant, ne pas être examinés au regard du droit de la concurrence.

La flexibilité du droit de la concurrence dans le secteur des déchets permet à ce dernier de prendre en considération la protection de l'environnement, tout en s'assurant que les entreprises opérant sur les marchés des déchets n'agissent en toute impunité. Cette flexibilité dans le secteur des déchets applique ainsi à merveille le prescrit de l'article 11 TFUE qui précise que les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union.

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| Introduction | 3 |
| I. L'importance de la détermination du marché pertinent en droit de la concurrence | 6 |
| II. Premier volet : le marché des produits ou des services | 9 |
| A. Notion | 9 |
| 1. <i>La substituabilité du côté de la demande</i> | 10 |
| 2. <i>La substituabilité du côté de l'offre</i> | 10 |
| B. Facteurs d'influence | 11 |
| 1. <i>Les caractéristiques des déchets</i> | 12 |
| 2. <i>Les services relatifs aux déchets</i> | 14 |
| 3. <i>Les autorisations</i> | 17 |
| C. Conclusion intermédiaire | 17 |
| III. Second volet: le marché géographique | 19 |
| A. Notion | 19 |
| B. Partie substantielle du marché | 20 |
| C. Facteurs d'influence | 21 |
| D. Conclusion intermédiaire | 21 |
| IV. L'apport des procédures d'adjudication | 22 |
| Conclusion | 23 |
| Table des matières | 24 |