



Avis n° 05-A-07 du 31 mars 2005
relatif au projet de décret concernant la prévention et la gestion
des déchets des matériels électriques et électroniques

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 14 décembre 2004 enregistrée sous le numéro 04/0099 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence en application de l'article L. 462-2 du code de commerce, d'une demande d'avis sur un projet de décret concernant les conditions d'organisation et de financement de l'élimination des déchets des équipements électriques et électroniques ;

Vu la directive européenne 2002/96 du 27 janvier 2004 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques ;

Vu le Livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 9 mars 2005 ;

Les représentants des fédérations professionnelles FICIME et Alliance-TICS entendus en application de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Le projet de décret soumis à l'avis du Conseil met en œuvre la directive européenne 02/96 du 27 janvier 2003 sur la collecte sélective, le recyclage et le traitement des déchets des appareils électriques et électroniques (électroménager, audio-vidéo, éclairage, jouets, outillages, informatique, bureautique, télécommunication, distributeurs automatiques).
2. La demande d'avis du ministre de l'économie résulte de l'application de l'article L. 462-2 du code de commerce et porte plus particulièrement sur l'article 16 du texte concernant le recyclage des déchets considérés comme « *historiques* » par la directive, c'est-à-dire ceux qui proviennent d'équipements mis sur le marché avant le 13 août 2005. Les règles de l'article 16 nécessitent toutefois d'être mises en regard de l'ensemble du dispositif instauré par la directive.

I. L'analyse concurrentielle du dispositif général pour le recyclage des déchets électriques et électroniques

3. La directive impose aux producteurs de matériels électriques ou électroniques de recycler les déchets correspondants, en participant à l'organisation de leur collecte sélective, en assurant leur traitement et leur valorisation, et en finançant l'élimination des déchets historiques des ménages.
4. Les producteurs peuvent indifféremment remplir leurs obligations à titre individuel ou en adhérant à un organisme collectif, hormis pour le recyclage des déchets historiques où la solution collective est obligatoire.
5. Le recours à des organismes collectifs communs à une profession ou à plusieurs opérateurs conduit par nature à des échanges d'informations entre adhérents et à la fixation d'éléments de prix ou d'un prix en commun, qui sont interdits par l'article L. 420-1 du code de commerce dès lors que l'autonomie commerciale de chaque entreprise et l'incertitude quant aux comportements des concurrents ne sont plus respectées.
6. Dans son avis n° [99-A-22](#) du 14 décembre 1999 relatif à la création et au financement d'une société commune aux industriels pour l'élimination des accumulateurs usagés, le Conseil a ainsi émis un avis défavorable sur un financement opéré au moyen d'un prélèvement fixé collectivement par les membres de cette société et automatiquement répercuté sur le prix facturé au client lors de l'achat d'un produit neuf.
7. Saisi en 2001 d'une convention instaurant une tarification nationale et uniforme pour le financement des opérations de sécurité menées par les entreprises du fret aérien, le Conseil a précisé les limites d'une concertation de ce type : *« Chaque opérateur est libre d'individualiser ou non dans ses tarifs et dans ses factures le prix de la sûreté qu'il a évalué lui-même, compte tenu de ses charges, et qui peut être forfaitisé ; rien n'interdit, par ailleurs, aux organisations professionnelles de publier des études de coûts des diverses tâches qui concourent à la sécurisation du fret aérien, dès lors que ces études sont effectuées à partir d'informations relatives au passé et en utilisant des méthodes statistiques ou/ et comptables dûment explicitées et qu'elles ne présentent aucun caractère normatif (technique de la mercuriale) »* (avis n° [01-A-07](#) du 28 mars 2001).
8. Le cadre juridique général peut cependant être adapté afin de tenir compte d'un contexte juridique ou économique particulier à certaines activités, tenant à l'application directe d'une loi (article L. 420-4, 1° du code de commerce) ou à la réalisation d'un progrès économique bénéficiant aux producteurs et aux consommateurs sans éliminer toute concurrence sur le marché en cause (article L. 420-4, 2° du code de commerce). Des conditions d'exemption similaires à l'article L. 420-4, 2° sont également ouvertes par l'article 81§3 du Traité européen.
9. Dans le cas de la mise en place du recyclage des matériels électriques et électroniques, la situation juridique apparaît différente de celle ayant donné naissance à la jurisprudence antérieure du Conseil (avis « recyclage des accumulateurs » ou « sécurité du fret aérien »).
10. Les modalités d'organisation du recyclage, les résultats à atteindre, les délais impartis, le contrôle des organismes collectifs intervenant dans le recyclage, sont expressément prévus et définis par la directive, au lieu de dépendre d'une convention entre les industriels concernés encouragée par les pouvoirs publics.

11. Concernant le dispositif particulier établi pour financer le recyclage des déchets historiques, le cadre légal fixé aux entreprises pour remplir leur obligation est plus contraignant. L'article 8/3 de la directive impose en effet la solution de l'adhésion à un organisme collectif et encadre strictement les coûts de recyclage en prévoyant des coûts standards par catégorie d'équipement.
12. Ces constatations d'espèce étant relevées, la jurisprudence du Conseil consistant à ne pas se prononcer lors d'une demande d'avis sur le bénéfice des exemptions ouvertes par l'article L. 420-4 doit être rappelée. Saisi au contentieux, le Conseil appréciera d'une part la réunion éventuelle des conditions d'exemption prévues aux premier et second alinéas de l'article L. 420-4, dans le cas particulier concerné, d'autre part contrôlera l'absence de caractère excessif des atteintes ainsi portées au libre jeu de la concurrence.
13. Le projet de décret présenté traite de la mise en place des financements nécessaires au traitement et au recyclage des déchets sans préciser les modalités pratiques de la mise en œuvre de ce traitement et recyclage. Ce faisant, les ressources obtenues vont rendre solvables les activités de recyclage et créer un marché. Dès lors, le Conseil rappelle que la réalisation de la collecte, du traitement et de l'élimination des déchets devra, à chaque fois, donner lieu à une mise en concurrence des opérateurs potentiels.

II. Le financement de l'élimination des déchets historiques ménagers (article 16 du projet de décret)

14. L'analyse concurrentielle doit tenir compte des spécificités juridiques du dispositif de recyclage des déchets historiques. En l'espèce, la directive retient comme principe général d'action celui du pollueur-payeur, conduisant à mettre à la charge des fabricants d'équipements électriques et électroniques le recyclage des déchets produits ou historiques.
15. Pour les déchets historiques, leur caractère préexistant, l'impossibilité fréquente de les imputer à un producteur donné, ainsi que l'intérêt général attaché à leur élimination à bref délai, justifient la solution d'un financement de leur collecte et de leur élimination par l'ensemble des producteurs actuels. La directive prévoit ainsi une mutualisation du financement, par l'adhésion à un organisme collectif ouvert aux producteurs et l'application de coûts de recyclage standardisés par type de produit.
16. Dans ce contexte, on peut considérer que la solution collective est la seule envisageable : à défaut un producteur autorisé à éliminer seul des déchets mal identifiés pourrait échapper à son obligation et acquérir un avantage financier vis à vis de ses concurrents. Par ailleurs, les autorités de concurrence devront être vigilantes lors de la mise en œuvre de ce dispositif, tant en ce qui concerne l'application des textes que la gestion faite par les producteurs de leurs organismes collectifs.
17. Ce préambule posé, trois points particuliers de l'article 16 justifient des commentaires, concernant la nature juridique du financement créé, sa répercussion obligatoire à chaque stade de la mise en marché, et sa mention obligatoire sur les factures.

En ce qui concerne la nature de la contribution

18. Le coût de collecte et d'élimination des déchets historiques fait l'objet d'un barème de prix par catégorie d'équipements agréés par les ministres concernés (article 13 du projet), qui est répercuté à l'identique jusqu'au consommateur final. L'utilisation d'un coût standardisé obligatoire et non négociable conduit à s'interroger sur la nature juridique réelle du prélèvement opéré en paiement de ce coût.
19. Les caractéristiques ainsi réunies : un objet d'intérêt général, un paiement obligatoire, un montant non négociable et l'absence de contrepartie pour les producteurs sous forme d'une prestation reçue, apparentent le financement du recyclage des déchets historiques à une contribution de nature fiscale, qui ne peut être instituée que par une loi.
20. L'article 8/3 de la directive ne permet pas d'apporter une réponse immédiate quant à la nature juridique de ces coûts de recyclage. L'obtention par les producteurs d'une contrepartie correspondant à un service, directe et proportionnelle au montant payé, devrait être démontrée pour écarter l'hypothèse d'une taxe et considérer qu'il s'agit d'un élément du prix de vente facturé.
21. En ce sens, le dispositif de la directive répond, certes, à une mission d'intérêt général, mais a pour finalité de couvrir les « *frais de gestion* » du recyclage des déchets historiques, auxquels les entreprises « *contribuent de manière proportionnée à leur part de marché* ».
22. La rédaction du projet de décret devrait, à ce titre, être corrigée, puisque la référence à des « *coûts unitaires par catégories de produits supportés par les producteurs (...)* », sans lien donc avec le volume et la valeur des ventes, se substitue à la notion de proportionnalité et évoque un mécanisme de taxe *ad valorem*.
23. Cette question ne relève pas de la compétence du Conseil, mais celui-ci relève que la solution fiscale présente l'avantage d'être neutre pour le jeu de la concurrence et d'assurer un fonctionnement plus simple et plus sûr du financement du recyclage des déchets historiques.

En ce qui concerne la répercussion obligatoire de la contribution

24. L'article 16 exclut les coûts de recyclage du champ de la négociation commerciale, en rendant obligatoire leur répercussion intégrale : « *Les distributeurs sont tenus de répercuter ce coût unitaire, à l'identique, au consommateur final (...). Ce coût unitaire ne peut donner lieu à aucune réfaction* ». L'objectif implicite est que le financement du recyclage soit neutre pour le jeu de la concurrence, quel que soit le circuit de distribution, et n'interfère pas dans les négociations commerciales.
25. La répercussion obligatoire d'une charge n'est, par nature, guère compatible avec les règles de concurrence, puisqu'une concertation entre opérateurs normalement concurrents apparaît implicite et que le champ de la libre négociation commerciale est réduit d'autant : « *Le Conseil considère qu'une concertation à la fois horizontale et verticale entre les opérateurs du fret aérien, qui aurait pour objet et pour effet de coordonner leur politique tarifaire et de faire obstacle à la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence, serait contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce* » (avis relatif à la sécurité du fret aérien). En l'occurrence, les règles légales actuelles en matière de facturation font que le prix de vente effectif pourra ne pas répercuter intégralement le coût du recyclage.

26. Les mentions financières pouvant figurer sur la facture et être utilisées pour déterminer le prix d'un produit et son seuil de revente à perte, sont limitativement énumérées à l'article L. 441-3 du code de commerce. Il s'agit du prix unitaire, des réductions de prix définitivement acquises à la date de la vente, du prix du transport et des taxes applicables à la vente (TVA et éventuelles taxes spécifiques). La mention, en pied de facture, des coûts de recyclage demandée par l'article 16 n'a donc qu'une valeur indicative et ne servira nullement à calculer le prix de vente.
27. Il ne peut pas en être autrement sauf à compléter l'article L. 441-3 ou à envisager un mécanisme de taxe spécifique. De plus, les sanctions pénales prévues à l'article 23-II-b du projet à l'encontre des distributeurs ne visent pas l'absence de répercussion de ce coût à l'identique mais l'absence de la mention informative sur le coût du recyclage en pied de facture.
28. Les règles prévues par le projet de décret ne sont donc pas en mesure de garantir que le coût du recyclage ne sera pas un des éléments discutés lors des négociations commerciales du prix d'achat du produit entre les producteurs et les distributeurs. L'efficacité de la protection juridique des contributions au recyclage doit, de plus, être appréciée dans le contexte actuel de forte pression exercée par la grande distribution sur les prix des producteurs, mis en évidence par l'avis n° [04-A-18](#) du 18 octobre 2004 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée.
29. Au total, l'ambiguïté sur la nature juridique des coûts de recyclage et sur l'efficacité réelle du mode de recouvrement auprès du consommateur final, ne permet pas de garantir que le financement escompté pour le recyclage des déchets historiques sera réellement mis en place de produire les recettes attendues.
30. S'agissant des conditions de concurrence entre producteurs, un risque potentiel existe ainsi que tous les producteurs ne participent pas au financement proportionnellement à leur production, comme le veut la directive. Plus globalement, une inadéquation du montant prélevé par rapport au besoin à financer pourrait apparaître et mettrait en péril le lien institué entre la contrainte faite à la personne pour la protection de l'environnement et la participation de celle-ci aux frais pour sa résorption, à la base de la directive.

En ce qui concerne la mention de la contribution sur les factures

31. La mention obligatoire sur les factures du coût de recyclage est destinée à sensibiliser les consommateurs par une information sur ce coût et à apporter un moyen de contrôle à l'administration pour s'assurer de la réalité de la répercussion automatique du coût de recyclage des déchets historiques. Mais l'analyse qui a été développée ci-dessus montre que la solution juridique choisie ne garantit pas pleinement l'objectif de répercussion automatique assigné.
32. Le Conseil relève, à titre incident, que l'objectif de répercussion intégrale du coût du recyclage sur le consommateur final n'a de sens que pour les déchets historiques. En effet, du point de vue de l'efficacité économique, le coût du recyclage des produits nouveaux peut être réparti sur la chaîne de distribution par le jeu des négociations commerciales et il n'est pas anormal que le producteur en supporte une part afin qu'il reçoive une incitation à améliorer ses produits en vue de réduire les frais de leur recyclage futur.
33. Les fédérations professionnelles entendues par le Conseil en séance portent un jugement circonstancié sur cette mention obligatoire, qui reflète pour chaque catégorie de produit l'importance du stock des déchets et des coûts de leur recyclage, ainsi que la sensibilité de

la demande au prix. A ces difficultés sectorielles s'ajoute le problème résultant de la confusion, sur le même support qu'est la facture, du prix de vente d'un produit résultant de la libre négociation commerciale, et d'un prélèvement servant à financer la mission d'intérêt général d'élimination des déchets historiques.

34. Enfin, le recours à d'autres moyens d'information du consommateur est envisageable et a d'ailleurs été choisi par plusieurs autres pays européens (Allemagne, Grande-Bretagne, Italie). L'article 8/3 de la directive demande en effet aux Etats-membres de veiller seulement à ce que : « *les producteurs aient la possibilité d'informer les acheteurs, lors de la vente de nouveaux produits, des coûts de la collecte, du traitement et de l'élimination non polluante* », règle à interpréter à la lecture du vingtième considérant introductif qui énonce que « *les producteurs devraient avoir la possibilité, sur une base volontaire, d'informer les acheteurs, lors de la vente de nouveaux produits, des coûts de la collecte, du traitement et de l'élimination non polluante des déchets historiques* ». On ne peut donc rechercher dans la directive une habilitation de type législatif pour modifier les règles d'établissement des factures, ce qui contraint le projet de décret à ne prévoir qu'une simple mention pour information.
35. Cependant pour certains types de produit, le cumul d'un coût unitaire de recyclage élevé, d'une forte sensibilité au prix et du pouvoir de marché de la distribution, pourrait ne pas garantir la mise en place des financements nécessaires au recyclage des déchets historiques. La mise à la disposition des producteurs concernés de moyens juridiques permettant de préserver le financement de la mission d'intérêt général d'élimination des déchets historiques devrait, dès lors, être recherchée.
36. Une réponse possible serait de dissocier ce qui représente, de fait, deux facturations, en introduisant dans le projet de décret la possibilité pour le producteur dans certains secteurs d'activité de facturer au distributeur les coûts du recyclage sous forme d'une facture indépendante et séparée de la vente de ses produits, le choix des secteurs concernés étant confié aux ministres concernés.

CONCLUSION

37. Concernant les modalités de financement de la collecte et de l'élimination des déchets historiques des ménages prévues par l'article 16 du projet de décret, les points suivants du dispositif appellent des remarques de la part du Conseil :
 - Les modalités de financement par les producteurs de la collecte et de l'élimination des déchets historiques des ménages, qui seront effectivement retenues par les organismes collectifs prévus par la directive et les producteurs adhérents, pourront faire l'objet d'un examen au titre des exemptions ouvertes par l'article L. 420-4 du code de commerce.
 - La définition retenue pour les coûts de recyclage demanderait à être précisée afin de supprimer toute ambiguïté quant à la nature juridique du prélèvement : cotisation de nature fiscale ou élément du prix de vente.
 - Les incertitudes juridiques recensées sur la nature et les modalités de recouvrement du financement obligatoire pour le recyclage des déchets historiques, font que sa répercussion intégrale jusqu'au consommateur final n'apparaît pas assurée. Une

entreprise détentrice d'un pouvoir de marché pourrait ainsi être en mesure de modifier à son avantage la répartition des marges entre producteurs et distributeurs.

- Les règles pour la mention du coût du recyclage sur les factures devraient tenir compte des situations très différentes selon les produits, quant aux modes de distribution employés, à la sensibilité de la demande au prix de vente, ainsi qu'au stock existant et au coût de recyclage des déchets historiques.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par M. Nasse, vice-président, président la séance, Mme Aubert, vice-présidente, et M. Piot, membre.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

Le vice-président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence