

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Annule & remplace le même document du 10 décembre 2020

Durabilité et droit et politique de la concurrence – Note de référence

Par Julian Nowag

1^e décembre 2020

Le présent document a été rédigé par Julian Nowag en tant que note de référence à l'appui du point 1 de la 134^e réunion du Comité de la concurrence, qui se tiendra du 1^{er} au 3 décembre 2020.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document sont exclusivement ceux de leur auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/durabilite-et-concurrence.htm>

Pour toute question concernant ce document, veuillez prendre contact avec M Antonio CAPOBIANCO.
[Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org]

JT03470102

Durabilité et droit et politique de la concurrence

Note de référence de Julian Nowag*

Le présent document analyse les interactions existant entre le droit et la politique de la concurrence, d'une part, et la durabilité, d'autre part. Il présente tout d'abord l'évolution de la durabilité dans le temps, ainsi que ses trois composantes, qui sont environnementale, économique et sociale. Il s'intéresse ensuite aux questions normatives consistant à déterminer si la durabilité devrait jouer un rôle dans le droit et la politique de la concurrence. La principale partie de ce document explique de quelle manière la durabilité s'inscrit dans les questions plus techniques de l'application du droit de la concurrence sur le fond, en mettant en évidence des domaines plus ou moins sujets à controverse. Elle montre dans un premier temps comment la durabilité peut être favorisée en appliquant le droit de la concurrence aux pratiques qui y font obstacle. Elle illustre dans un deuxième temps les interactions existant entre le droit de la concurrence et les activités des entreprises lorsque ces dernières ont pour effet d'accroître la durabilité. Ce rapport présente enfin les aspects liés aux processus, comme les objectifs, les priorités, les procédures d'approbation et les capacités des autorités, les sanctions et la coopération internationale. Dans l'ensemble, le rapport montre que même si des débats persistent, de nombreux pays membres de l'OCDE prennent déjà en compte, délibérément ou non, les questions de durabilité dans leur pratique de mise en œuvre.

* Maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université de Lund (Suède), et cours sur le droit de la concurrence et maître de conférences au *Centre for Competition Law and Policy* de l'Université d'Oxford. L'auteur reconnaît que la note de référence du Secrétariat de l'OCDE du 30 novembre 2018 intitulée « Le droit de la concurrence et les entreprises publiques » lui a été d'une grande utilité, tout comme le document de l'OCDE (2010), « Horizontal Agreements in the Environmental Context ». Plusieurs exemples d'affaires mentionnés dans le présent document en sont extraits. L'auteur tient à remercier Okeoghene Odudu, Cristina Volpin, Pedro Caro De Sousa et le Secrétariat de l'OCDE, pour leurs discussions et leurs commentaires portant sur le présent rapport. Il tient également à remercier Izel Karahan, Zhengmin Li, Fabian Richter, Arletta Gorecka et Rica Papa pour l'aide qu'ils lui ont apportée en l'assistant dans ses travaux de recherches et en faisant la synthèse de documents venant du monde entier.

Table des matières

Durabilité et droit et politique de la concurrence	2
Synthèse	4
1. Introduction	6
2. Qu'est-ce que la durabilité ? Évolution du droit international	7
3. Questions normatives : le droit et la politique de la concurrence doivent-ils être influencés par la durabilité ?	11
4. Questions techniques	12
4.1. L'économie de la durabilité et de la concurrence : bref aperçu	13
4.2. Durabilité et droit de la concurrence	15
4.2.1. Le droit de la concurrence, une épée dans la prévention des activités non durables des entreprises	15
4.2.2. Le droit de la concurrence en tant qu'obstacle ? – La durabilité, bouclier contre la responsabilité au regard du droit de la concurrence	17
5. Aspects liés aux processus	24
6. Conclusion	28
Bibliographie	30
Notes de fin	40

Synthèse

1. La durabilité figure parmi les préoccupations des organisations internationales, des États et, de plus en plus, des entreprises privées. Du point de vue des autorités de la concurrence, la réglementation pourrait être l'option à privilégier pour parvenir à la durabilité. Néanmoins, l'action des entreprises pourrait influencer de la même manière sur la durabilité et la concurrence, et le droit de la concurrence intéresse tout particulièrement les entreprises.
2. Il arrive que le débat soit vainement réduit à l'opposition entre la concurrence et la durabilité dans l'action publique. Une conception aussi simpliste du débat obscurcit la question, le droit et les autorités de la concurrence étant alors considérés comme peu coopératifs et déconnectés de la réalité. Pour susciter un débat constructif, le présent rapport présente la problématique dans ses grandes lignes et identifie les aspects de l'application concrète du droit de la concurrence qui sont plus ou moins sujets à controverse dans le contexte de la durabilité.
3. Ce rapport analyse le concept de durabilité ainsi que sa genèse sur la scène internationale et explique ses trois composantes, qui sont environnementale, économique et sociale. Il s'intéresse ensuite aux questions normatives qui consistent à déterminer si le droit de la concurrence devrait prendre en considération la durabilité, en s'attachant notamment au droit international et aux prescriptions constitutionnelles nationales.
4. La partie plus technique du rapport livre des informations générales sur l'économie de la concurrence et de la durabilité, en expliquant en quoi la protection de la concurrence, le bien-être des consommateurs et la durabilité se recoupent. Elle analyse plus en détail les questions de fond liées au droit de la concurrence, en mettant en évidence les domaines dans lesquels un consensus se dégage et ceux qui sont davantage sujets à controverse. Cette sous-section montre tout d'abord comment les autorités de la concurrence peuvent favoriser la durabilité en ciblant la mise en œuvre du droit de la concurrence lorsque des pratiques anticoncurrentielles sont tout aussi néfastes du point de vue de la durabilité, par exemple dans les cas où des ententes empêchent les consommateurs d'acheter des produits durables. Un engagement tout aussi actif en faveur de la durabilité peut être obtenu en recourant à des théories du préjudice plus dynamiques qui protègent l'innovation en matière de durabilité. Cette partie montre également qu'un débat se fait jour quant aux questions de savoir jusqu'à quel point il conviendrait de promouvoir les théories dynamiques de l'innovation et si mettre l'accent sur les formes d'exploitation abusive pour protéger la dimension sociale de la durabilité, c'est-à-dire la pauvreté, peut se justifier.
5. Dans sa deuxième partie, ce document illustre les interactions existant entre le droit de la concurrence et les activités des entreprises lorsque ces dernières souhaitent s'engager sur une voie plus durable. Les domaines qui prêtent le moins à controverse sont les différentes formes d'exclusion du champ d'application du droit de la concurrence ou la mise en balance de la durabilité et de la concurrence lorsque le droit de la concurrence d'un pays prévoit une exception ayant trait à l'intérêt général. Le domaine qui suscite le plus de débats est la mise en balance du bien-être des consommateurs et des gains d'efficacité dans les cadres économiques existants. Le rapport montre toutefois que la durabilité peut aisément s'intégrer dans ce cadre en tant que critère de qualité et que les questions plus délicates consistent à déterminer jusqu'à quel point il conviendrait de promouvoir la nature dynamique de la durabilité, notamment en tenant compte des avantages qui se présenteront à l'avenir ou sur d'autres marchés.

6. Enfin, ce rapport montre qu'il est important que les autorités de la concurrence fixent des objectifs et des priorités, et définissent des orientations formelles et informelles. Il évoque également les questions des procédures d'approbation, du « bac à sable » réglementaire, des preuves recevables, des capacités, des sanctions et de la coopération internationale.

7. Dans l'ensemble, le rapport montre que de nombreux pays membres de l'OCDE prennent déjà en compte les questions de durabilité dans leur pratique de mise en œuvre, de manière délibérée ou non.

1. Introduction

8. Si la réglementation par les États est généralement l'option privilégiée pour parvenir à la durabilité, l'action privée pourrait produire les mêmes effets à cet égard. La concurrence et le droit de la concurrence sont des variables déterminantes pour l'action privée, notamment pour celle des entreprises.

9. Le présent rapport analyse les interactions existant entre la durabilité et le droit¹ et la politique de la concurrence. Il entend présenter dans les grandes lignes le débat qui entoure cette question d'actualité. Il étudie les aspects conceptuels généraux communs à de nombreux pays dotés d'un droit de la concurrence. Il met en lumière des dispositions et affaires propres à différents pays afin d'illustrer des points pertinents et de montrer comment les interactions entre le droit de la concurrence et la durabilité peuvent jouer dans des pays divers.

10. Le débat durabilité/concurrence place les autorités de la concurrence dans une position difficile. Celles-ci doivent, d'une part, faire clairement valoir que la durabilité ne peut servir d'excuse aux entreprises pour nouer des ententes ou se livrer à d'autres comportements anticoncurrentiels, sous couvert de « durabilité » (écoblanchiment). Dans le même temps, la coopération à des fins de durabilité pourrait devenir incontrôlable. En témoignent, dans l'Union européenne, l'exemple de l'entente des fabricants de détergents domestiques², dans lequel la mise en œuvre d'une initiative environnementale concernant les détergents pour lessive a abouti à la constitution d'une entente qui a coordonné des hausses de prix. Les autorités souhaitent, d'autre part, éviter de donner l'impression que leur mission poursuit un seul objectif³. Une mission dans laquelle la concurrence est recherchée à tout prix et le droit de la concurrence protège ceux qui imposent des externalités négatives aux autres tout en faisant obstacle aux activités privées visant à les réduire ou à les internaliser.

11. Le présent rapport a pour objectif de faciliter ces délicats exercices de mise en balance en présentant les outils qui permettent aux autorités de la concurrence de contribuer activement à la durabilité et de choisir si et de quelle manière les acteurs privés devraient être autorisés à la promouvoir.

12. La première partie du rapport est consacrée au concept de durabilité, toute analyse des liens existant entre la durabilité et le droit et la politique de la concurrence requérant une compréhension élémentaire du concept de durabilité. Elle explique, en particulier, les origines de ce terme et ses trois composantes, qui sont environnementale, économique et sociale. Elle prend note du statut de la durabilité dans le droit international et analyse plus en détail les interactions qui existent entre les entreprises et les autres acteurs privés et certaines des principales caractéristiques de la durabilité.

13. La deuxième partie du rapport s'intéresse aux questions normatives concernant la durabilité et le droit et la politique de la concurrence. En d'autres termes, elle répond à la question de savoir si la durabilité devrait être prise en compte par les autorités de la concurrence et les tribunaux au regard du droit et de l'action publique. La troisième et principale partie du rapport traite de questions plus techniques. Cette distinction entre les questions normatives et les questions plus techniques rend l'analyse plus claire. Elle ne doit pas faire oublier, cependant, que ces deux domaines interagissent.

14. La partie relative aux questions plus techniques poursuit deux objectifs : premièrement, présenter la problématique et les débats dans les grandes lignes, et deuxièmement, mettre en évidence les vastes domaines dans lesquels un consensus se dégage et ceux où un véritable débat doit avoir lieu. Cette partie présente les différents outils et l'utilisation qui peut en être faite pour guider le débat durabilité/concurrence. Elle

se subdivise en plusieurs sections, consacrées à l'économie de la concurrence et de la durabilité, aux questions de fond concernant le droit de la concurrence et aux aspects liés aux processus et aux procédures menées par et au sein des autorités de la concurrence.

2. Qu'est-ce que la durabilité ? Évolution du droit international

15. Lorsqu'on entend aborder les relations entre la durabilité et le droit de la concurrence, il convient de s'intéresser de plus près au concept de durabilité. Aujourd'hui, la « durabilité » et le « développement durable » sont souvent utilisés de manière interchangeable. Le présent rapport adopte en partie cette approche. De fait, il emploie le terme général de « durabilité » pour désigner ce qu'il conviendrait de qualifier de « développement durable »⁴. Cette section contient une brève présentation du terme et du concept de durabilité, ainsi que de son évolution et met en évidence certaines de ses principales caractéristiques. De plus, elle analyse plus en détail les interactions entre les entreprises et les acteurs privés et la durabilité et souligne, dans le dernier paragraphe, plusieurs caractéristiques importantes présentant un intérêt pour le débat sur la durabilité et le droit de la concurrence.

16. Le terme « durabilité », qui est couramment utilisé dans le domaine scientifique⁵, désigne la capacité de faire durer quelque chose (une personne, un système, une habitude, par exemple) pendant un laps de temps indéfini. La définition de « développement durable » est différente, mais proche⁶.

17. La définition du développement durable la plus couramment admise provient du rapport Brundtland de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement⁷, qui le définit comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs » (WCED, 1987, p. 43^[1]). En ce sens, le développement durable peut donc être interprété comme « un objectif universel à atteindre » (Soini et Dessein, 2016^[2]) ou une « obligation morale que nous sommes censés avoir envers les générations futures » (Solow, 1991^[3]).

18. Cette conception du développement durable contient un élément central de nature environnementale avec le concept d'« éco-développement ». Ce concept provient de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain tenue à Stockholm en 1972, qui a analysé les effets de la société des hommes sur l'environnement et les tentatives de conciliation du développement économique et de la préservation de l'environnement (Purvis, Mao et Robinson, 2018^[4]). Dans les années 1980, la dimension sociale a été introduite en raison des répercussions qu'ont la guerre et la pauvreté sur l'environnement⁸.

19. En 1987, la Commission mondiale sur l'environnement et le développement elle-même a publié le Rapport Brundtland, intitulé « Notre avenir à tous ». Ce rapport reconnaît que les problèmes de développement économique, de développement environnemental et de développement social influent tous les uns sur les autres. Il reporte l'attention des problèmes environnementaux sur les causes de ces problèmes, en soulignant ainsi que la pauvreté est « à la fois effet et cause des problèmes environnementaux mondiaux » (WCED, 1987, p. 8^[1]). Il propose donc de se concentrer sur les points suivants :

- reprise de la croissance,
- modification de la qualité de la croissance,
- satisfaction des besoins essentiels en ce qui concerne l'emploi, l'alimentation, l'énergie, l'eau, la salubrité,

- maîtrise de la démographie,
- préservation et mise en valeur de la base de ressources,
- réorientation des techniques et gestion des risques,
- intégration des considérations relatives à l'économie et à l'environnement dans la prise de décisions,
- réorientation des relations économiques internationales (WCED, 1987, p. 42^[1])

20. Dans les années 1990, l'attention s'est reportée sur les contributions au développement durable provenant des acteurs privés et du libre-échange, en particulier dans le contexte de la fracture Nord-Sud⁹.

21. Une analyse plus approfondie du concept de durabilité met en évidence « trois piliers »¹⁰ : l'*environnement*, l'*économie* et la *société*. La durabilité est donc le produit de l'économie, de l'environnement et de l'équité sociale et il n'est possible d'y parvenir qu'en cherchant à réunir ces trois composantes de façon simultanée et équilibrée¹¹. Bien que des arbitrages puissent exister, ce concept ne signifie pas que la croissance est mise en balance avec la durabilité environnementale. Au contraire, la mise en balance des trois composantes implique simplement que la croissance économique reste possible tout en préservant l'environnement, et que la croissance peut en réalité favoriser la protection de l'environnement et l'équité sociale (Portney, 2015, p. 6^[5]).

22. Le cadre du droit international le plus récent vise à fournir des orientations plus concrètes¹². En 2015, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Résolution 70/1, sous le titre « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 ». Cette résolution et son contenu, souvent simplement désignés par l'appellation *Agenda 2030* ou *Objectifs de développement durable (ODD) de l'ONU*, doivent constituer un « plan d'action pour l'humanité, la planète et la prospérité » définissant une feuille de route afin de guider les politiques de tous les pays vers le développement durable jusqu'en 2030 (Nations Unies, 2015b, p. 1^[6]). La Résolution a créé 17 objectifs de développement durables et 169 cibles correspondantes, tous fondés sur les dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable¹³. Les objectifs de durabilité généraux définis dans la résolution sont présentés au Tableau 1 ci-dessous.

Tableau 1. Objectifs de durabilité définis dans la Résolution 70/1 de l'ONU

Objectif 1	Éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde
Objectif 2	Éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir l'agriculture durable
Objectif 3	Permettre à tous de vivre en bonne santé et promouvoir le bien-être de tous à tout âge
Objectif 4	Assurer à tous une éducation équitable, inclusive et de qualité et des possibilités d'apprentissage tout au long de la vie
Objectif 5	Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles
Objectif 6	Garantir l'accès de tous à des services d'alimentation en eau et d'assainissement gérés de façon durable
Objectif 7	Garantir l'accès de tous à des services énergétiques fiables, durables et modernes, à un coût abordable
Objectif 8	Promouvoir une croissance économique soutenue, partagée et durable, le plein emploi productif et un travail décent pour tous
Objectif 9	Bâtir une infrastructure résiliente, promouvoir une industrialisation durable qui profite à tous et encourager l'innovation
Objectif 10	Réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre
Objectif 11	Faire en sorte que les villes et les établissements humains soient ouverts à tous, sûrs, résilients et durables
Objectif 12	Établir des modes de consommation et de production durables
Objectif 13	Prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions
Objectif 14	Conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable
Objectif 15	Préserver et restaurer les écosystèmes terrestres, en veillant à les exploiter de façon durable, gérer durablement les forêts, lutter contre la désertification, enrayer et inverser le processus de dégradation des terres et mettre fin à l'appauvrissement de la biodiversité
Objectif 16	Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous
Objectif 17	Renforcer les moyens de mettre en œuvre le Partenariat mondial pour le développement durable et le revitaliser

23. Outre ces objectifs, l'Agenda 2030 contient plusieurs cibles visant à promouvoir la croissance économique via un accroissement des investissements¹⁴, une réforme des échanges¹⁵, l'industrialisation¹⁶ et la promotion des financements bancaires¹⁷. L'Agenda a eu une influence considérable. En 2019, par exemple, l'OCDE (OCDE, 2019^[7]) a indiqué qu'en 2018, plus de 78 % de ses pays partenaires avaient introduit certains aspects des ODD dans leurs stratégies nationales et que 4 % seulement ne faisaient pas encore référence ou allusion aux ODD dans leur plan de développement national.

24. Il est important de noter que l'Agenda 2030 insiste sur la nécessité, pour les entreprises, d'adopter des pratiques plus durables. L'ODD 12.6 encourage les entreprises, en particulier les grandes entreprises et les sociétés transnationales, à adopter des pratiques durables et à intégrer des informations sur la durabilité dans leurs rapports périodiques. Les initiatives privées sont considérées comme un élément déterminant pour parvenir à la durabilité sous trois formes (Portney, 2015, pp. 110-117^[5]). Premièrement, les entreprises peuvent faire partie de l'« économie verte »¹⁸. Deuxièmement, celles qui n'en font pas partie peuvent néanmoins s'efforcer d'améliorer leur durabilité, soit en réduisant leur empreinte environnementale dans leurs activités, soit en utilisant des systèmes de gestion plus équitables au regard de la composante sociale. Les exemples les plus courants sont l'adoption d'emballages respectueux de l'environnement ou le lancement de projets d'entreprise en matière de responsabilité sociale. De même, les entreprises ont commencé¹⁹ à adopter l'approche du « triple résultat » dans leurs rapports annuels. Ce cadre comptable permet de mesurer et de communiquer les résultats sociaux, environnementaux et financiers²⁰. Troisièmement, des entreprises qui coopèrent avec des ONG créent de nouvelles organisations²¹. Celles-ci se distinguent des organisations traditionnelles de lobbying en faisant campagne pour l'adoption de pratiques durables dans le secteur privé et l'administration.

25. Pourtant, les efforts entrepris par le secteur privé²² dans le cadre de l'agenda relatif à la durabilité n'ont pas manqué de susciter des critiques. Celles-ci portent souvent sur la sincérité des entreprises, les entreprises privées étant accusées d'avoir souscrit au concept de durabilité simplement pour améliorer leur image publique et, partant, de pratiquer « l'écoblanchiment » (Portney, 2015, p. 117_[5]). De plus, du point de vue de la durabilité, les entreprises se sont vu reprocher leur manque de réelle motivation à contribuer au développement durable. Ces entreprises « se serviraient » ainsi de la durabilité comme d'un moyen pour rationaliser leurs processus, ce qui leur permettrait d'améliorer l'efficacité économique de leurs stratégies et d'accroître leurs marges bénéficiaires (Portney, 2015, p. 118_[5]).

26. En conclusion, la durabilité est un concept qui puise ses racines dans la protection de l'environnement et y associe le développement social et le développement économique. Cette idée fondamentale repose sur l'hypothèse selon laquelle la dégradation de l'environnement et l'épuisement des ressources naturelles réduiront la croissance et le développement économiques. Le développement durable a pour objectif de redynamiser la croissance tout en changeant la qualité de la croissance. Ce concept est porteur d'une réflexion prospective et de la volonté d'assurer le bien-être d'une population mondiale importante et qui augmente encore.

27. Grâce à la croissance durable, le développement permettrait de satisfaire les besoins essentiels en ce qui concerne l'emploi, l'alimentation, l'énergie, l'eau et la salubrité sans compromettre les besoins des générations futures. En matière de prise de décisions, il a pour objectif d'associer l'environnement et l'économie, afin que la technologie et la gestion des risques concourent à une croissance durable. Il implique également une réorientation des relations économiques internationales, de manière à ce que les avantages du développement soient plus largement partagés.

28. L'Agenda 2030, avec ses 17 objectifs de développement durable et 169 cibles connexes qui développent ces objectifs, contient des orientations utiles. On pourrait ainsi citer, parmi elles, le fait d'encourager en particulier les grandes entreprises et les sociétés transnationales à adopter des pratiques durables et à intégrer des informations sur la durabilité dans leurs rapports périodiques (ODD 12.6) ou la promotion de la durabilité dans les pratiques de passation des marchés publics (ODD 12.7).

29. D'une manière générale, il convient de mettre l'accent sur l'efficacité productive et dynamique ainsi que sur l'équité pour parvenir à la durabilité. Les améliorations des processus de production conduisant à l'utilisation de matières premières moins vierges ou à une utilisation plus efficace des matériaux recyclés entreraient ainsi dans cette catégorie. Ce concept semble donc être axé sur le développement de l'humanité dans son environnement naturel, et sur leur interdépendance. La préservation de l'environnement au bénéfice des hommes, des animaux et des plantes est essentielle. Mais cet objectif limite le concept, de sorte que l'on puisse davantage douter que certaines questions comme le bien-être animal passent pour contribuer au développement durable²³. Le rôle de l'équité dans le concept global de durabilité est moins clair que celui de la protection de l'environnement, par exemple. Bien que l'on puisse estimer qu'elle fait partie intégrante du concept, la question de son intégration dans la durabilité d'un point de vue théorique continue de faire débat. Cela étant, l'équité et l'impartialité ont certainement fait leur chemin dans les efforts internationaux relatifs à la durabilité, la pauvreté étant un facteur essentiel de la dégradation de l'environnement. Sans développement social et économique, toutes les tentatives de préservation sont vouées à l'échec, notamment lorsque les êtres humains dépendent de l'exploitation non durable des ressources naturelles pour survivre et mener une vie décente.

30. Dans le cadre des activités des entreprises, la durabilité peut prendre des formes diverses. Elle peut impliquer en particulier que les entreprises fassent partie de l'« économie verte », qui contribue sensiblement à la durabilité. Plus généralement, elle implique également que les entreprises puissent innover de façon à contribuer à la durabilité et/ou que leurs activités en cours fassent l'objet d'une réorganisation afin d'accroître leur durabilité.

3. Questions normatives : le droit et la politique de la concurrence doivent-ils être influencés par la durabilité ?

31. Le droit de la concurrence devrait-il tenir compte des considérations liées à la durabilité²⁴ ? Il s'agit là d'une question normative qui implique un jugement de valeur et qu'il convient de distinguer de la question plus technique consistant à déterminer comment il peut prendre en compte ces considérations²⁵. Dans le cadre du débat normatif, certains ont fait valoir que ces questions étaient liées à la façon dont nous définissons les objectifs du droit de la concurrence et que celui-ci devrait s'écarter du bien-être des consommateurs (Claasen et Gerbrandy, 2016^[8]). Les tenants des positions adverses estiment que les jugements de valeur qu'impliquent les questions normatives ne devraient pas être formulés par les autorités de la concurrence (Peepkorn, 2020^[9]).

32. Le fait que de telles décisions soient prises par des bureaucrates non élus pourrait de fait poser problème. Toutefois, lorsque des questions normatives se font jour dans un cadre juridique, le premier point de référence est le cadre juridique dans lequel elles apparaissent (Minkinen, 2005^[10])²⁶. Par conséquent, la réponse à la question de savoir si le droit de la concurrence devrait tenir compte des considérations liées à la durabilité dépend en grande partie du cadre juridique dans lequel elle est posée. Chaque pays y apporte sa propre réponse en fonction de son environnement juridique, et plus précisément de son environnement constitutionnel.

33. Cet ensemble de normes pertinentes sur le plan local pourrait ou non exiger une telle interaction. Le droit et la politique de la concurrence sont soumis à des prescriptions et contraintes juridiques qui diffèrent d'un pays à l'autre (Ezrachi, 2017^[11]). Celles-ci figurent dans le droit de la concurrence applicable, dans le contexte d'autres cadres juridiques pertinents, comme la constitution, ou sont le résultat d'obligations découlant du droit international et de leur mise en œuvre au niveau national. Le débat sur les objectifs du droit et de la politique de la concurrence²⁷ peut également être pertinent. Il ne l'est toutefois que lorsque la réponse aux questions de savoir si les considérations liées à la durabilité devraient figurer dans le droit et la politique de la concurrence n'est appréhendée que dans le cadre du droit de la concurrence. En d'autres termes, ce débat sur les objectifs est important lorsqu'il n'existe pas d'autres prescriptions juridiques relatives à la durabilité dans un pays ou que le droit de la concurrence interne renvoie habituellement à l'intérêt général.

34. Par conséquent, en fonction du pays concerné, la réponse à la question normative de savoir si le droit et la politique de la concurrence devraient tenir compte des considérations liées à la durabilité ne peut être formulée dans l'abstrait et pour tous les pays. En revanche, elle peut être trouvée, pour un pays donné, en examinant les objectifs du droit de la concurrence, la constitution et le droit international applicable ainsi que son statut dans le pays en question.

35. Plusieurs pays, membres de l'UE²⁸ ou non, font référence à la protection de l'environnement ou au développement durable dans leur constitution (Boyd, 2012^[12] ; Jeffords et Gellers, 2017^[13]). La Constitution turque, par exemple, dispose dans son

article 56 que « [c]haque un a le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré. L'État et les citoyens ont le devoir d'améliorer l'environnement naturel, de protéger la santé environnementale et de prévenir la pollution de l'environnement »²⁹. On trouve également des dispositions similaires en Suisse³⁰, en Russie³¹ ou au Mexique. La Constitution mexicaine prévoit ainsi que « [t]oute personne a le droit de jouir d'un environnement adéquat pour son développement et son bien-être. L'État garantit le respect de ce droit »³². L'existence et la nature des effets que peuvent avoir ces dispositions constitutionnelles sont déterminées dans le pays concerné³³.

36. Le droit supranational pourrait aussi être pertinent. Dans l'UE, par exemple, l'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE disposent que la protection de l'environnement et le développement durable doivent être « intégrés » dans les politiques, et notamment dans le droit de la concurrence (Nowag, 2015^[14]).

37. De même, les obligations du droit international, comme l'Accord de Paris ou la Résolution 70/1 de l'ONU de 2015 sur le « Programme de développement durable à l'horizon 2030 », peuvent être pertinentes. Selon qu'un pays adopte une approche moniste ou dualiste (Charlesworth et al., 2005^[15] ; Nijmann et Nollkaemper, 2007^[16] ; Crawford, 2019^[17]), ces accords internationaux doivent être transposés dans le droit interne ou peuvent être directement invoqués par les tribunaux nationaux et servir de critère d'appréciation³⁴. À titre d'exemple récent, citons la Cour suprême des Pays-Bas, qui s'est appuyée sur la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et sur les obligations juridiques de l'État néerlandais de protéger la vie et le bien-être en vertu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour estimer que les Pays-Bas étaient tenus de réduire leurs émissions de gaz à effet de serre de 25 % d'ici la fin 2020³⁵.

38. Si de telles prescriptions juridiques pourraient s'appliquer au droit et à la politique de la concurrence dans un pays donné, il convient de noter deux éléments. Premièrement, le fait de respecter de telles prescriptions juridiques ne signifie pas que les buts ou objectifs du droit de la concurrence changent (Nowag, 2019^[18])³⁶. Deuxièmement, lorsqu'on se demande si le droit de la concurrence peut rester « pur », circonspection et déférence sont de mise pour ne pas critiquer le législateur (parfois constitutionnel) qui a imposé ces prescriptions concernant la durabilité (Nowag, 2019^[18]).

4. Questions techniques

39. Les questions techniques (qui consistent à déterminer si la durabilité doit être prise en compte et si oui, comment) portent sur l'économie (section 4.1) et sur les questions de mise en œuvre du droit de la concurrence applicable (section 4.2). Les aspects techniques liés à l'application du droit de la concurrence peuvent ensuite être subdivisés³⁷ pour rendre l'analyse plus claire.

40. Les questions techniques doivent toutefois être appréhendées au regard des variables de référence qui ont déjà été mises en évidence et qui sont reprises ci-dessous. Ces variables influent sur les outils et sur le débat. D'une part, il existe des inquiétudes quant au mandat démocratique des autorités de la concurrence, ainsi que des questions sur l'administrabilité des règles de concurrence et la capacité des autorités de la concurrence de traiter de sujets impliquant la durabilité (Gerbrandy, 2020^[19]), et, d'autre part, des prescriptions morales et juridiques en fonction du pays. Celles-ci pourraient appeler certaines interprétations et le recours à des méthodologies inhabituelles. Toutefois, ces prescriptions vont rarement jusqu'à imposer de mettre en balance durabilité et concurrence

en allant à l'encontre de la loi. Au lieu de quoi, comme le montrera l'analyse suivante, le droit de la concurrence offre suffisamment de possibilités d'utiliser des outils dont les autorités de la concurrence sont familières. Nuls développements et innovations méthodologiques ne sont nécessaires, ou seulement de façon limitée, notamment parce que le concept de développement durable implique de se concentrer sur l'efficacité productive et dynamique.

4.1. L'économie de la durabilité et de la concurrence : bref aperçu

41. Lorsqu'on réfléchit à la question plus technique des interactions entre la durabilité et le droit et la politique de la concurrence, l'économie peut constituer un premier point de référence. Comme on l'a vu, la durabilité met en avant l'efficacité des ressources, l'innovation et le rôle du secteur privé dans la réalisation des objectifs de durabilité de l'ONU.

42. Les juristes et les économistes spécialistes de la concurrence semblent souvent privilégier la réglementation pour parvenir à la durabilité (Schinkel et Spiegel, 2017^[20]). Il peut sembler ironique que ces juristes et économistes appellent à une réglementation accrue, mais la réglementation présente des avantages manifestes. Cette solution permet souvent de répondre aux préoccupations relatives à la durabilité de façon plus directe, en engageant davantage la responsabilité des hommes politiques, et en produisant des effets plus uniformes sur les participants au marché.

43. Pourtant, ce point de vue basé sur la concurrence pourrait ne pas être partagé par d'autres pouvoirs publics, qui pourraient avoir une conception différente de l'utilité, de l'efficacité et de l'efficience de la réglementation dans une situation donnée. En particulier, les réglementations contraignantes traditionnelles sont souvent considérées comme inefficaces (Cole et Grossman, 1999^[21]). De plus, même lorsqu'elle pourrait être efficace, la réglementation pourrait ne pas être possible ou efficace. Les problèmes de faisabilité et d'efficacité pourraient venir du compromis politique requis sur le plan national ou international ou, de la même manière, des limitations de compétence/géographiques de cette réglementation, d'une mise en œuvre insuffisante ou des lourdeurs administratives correspondantes (Pacheco et al., 2018^[22]).

44. Par conséquent, en l'absence de réglementation, les mesures prises spontanément par le secteur privé ont pris de l'importance et ont souvent été encouragées par les États. Par conséquent, les mesures privées en faveur de la durabilité interagissent plus fréquemment avec le droit et la politique de la concurrence. Ces interactions vont au-delà de l'analyse traditionnelle de l'impact concurrentiel de la réglementation contraignante conçue pour assurer la durabilité³⁸.

45. L'économie peut s'avérer utile pour comprendre les forces du marché en jeu et par conséquent, pour déterminer si la dynamique à l'œuvre est préjudiciable ou favorable à la réalisation de la durabilité. De plus, analyser l'économie de la concurrence et de la durabilité permet de déterminer plus facilement de quelle manière la durabilité peut être évaluée dans le cadre économique traditionnel appliqué dans le droit de la concurrence. En outre, les connaissances économiques peuvent aider à déterminer si l'action publique ou les initiatives privées en faveur de la durabilité sont plus efficaces pour parvenir à la durabilité.

46. Les travaux d'Elinor Ostrom (Ostrom, 1990^[23]) sur la gestion durable des biens communs, pour lesquels elle a reçu le prix Nobel d'économie en 1993, sont fondateurs à cet égard. Elinor Ostrom a montré que dans le contexte des biens communs, une concurrence effrénée entre des maximisateurs de profit rationnels conduit à des résultats désastreux et que dans la réalité, on peut s'attendre à ce qu'ils coopèrent³⁹.

47. Si ces travaux fondateurs examinent une situation de coopération tirée de la vie réelle, les initiatives des parties privées en faveur de la durabilité ne sont guère étudiées par les micro-économistes. Les rares études micro-économiques réalisées par des auteurs encore moins nombreux, souvent publiées sous forme de documents de travail, reposent sur des hypothèses et des modèles standard en matière de concurrence (Schinkel et Spiegel, 2017^[20] ; Treuren et Schinkel, 2018^[24] ; Martinez, Onderstal et Schinkel, 2019^[25] ; Schinkel et Toth, 2019^[26]). En général, ces études laissent entendre que dans certains cas, la coopération peut conduire à des résultats positifs, mais que ces situations sont plutôt limitées et que la réglementation publique semblent plus efficiente. Selon ce type de publications, ces conclusions découlent principalement du fait que les entreprises ne sont pas incitées à investir dans la durabilité.

48. Quoi qu'il en soit, certaines limitations pourraient entamer l'utilité de ces conclusions théoriques dans la pratique. D'une part, la durabilité en tant que facteur de qualité sans rapport avec le prix porte à croire que les conclusions inhabituelles concernant la qualité et la concurrence s'appliquent (Volpin, 2020^[27]). Bien souvent, la concurrence conduit à d'excellents résultats, mais parfois, la coopération peut en produire de meilleurs. De même, les modèles relatifs à l'innovation semblent suggérer qu'il n'existe pas de pratiques ou de situations universelles. Il est plus facile de trouver une réponse au débat Schumpeter-Arrow sur la question de savoir si la concurrence ou les monopoles sont porteurs d'innovation en s'intéressant à une situation concrète⁴⁰. De même, l'innovation en matière de durabilité doit être évaluée dans une situation concrète. En outre, on se demande si le débat relatif aux effets pro- et anticoncurrentiels des prix imposés (OCDE, 2008^[28]) pourrait présenter un intérêt dans le contexte de la durabilité. La question du parasitisme est fréquemment posée dans ce débat (Delmas et Keller, 2005^[29]).

49. D'autre part, on pourrait se demander si l'axiome du maximisateur de profit rationnel utilisé dans ces études n'en a pas déterminé le résultat⁴¹. Plus fondamentalement, l'utilité de cet axiome pour étudier ce phénomène pourrait également être remise en cause. Premièrement, la propension à renoncer à certains profits pourrait être ancrée dans les concepts de responsabilité sociale des entreprises (Reinhardt, Stavins et Vietor, 2008^[30] ; Elhauge, 2005^[31]). Deuxièmement, les entreprises pourraient être contraintes de procéder à des arbitrages internes entre la durabilité et le renoncement aux profits sur fond de débat public sur la durabilité et de pressions exercées par les investisseurs⁴². De même, les modèles employés dans les publications reposent sur l'hypothèse que le bien-être des consommateurs ne croît qu'avec la consommation. On pourrait donc se demander si l'utilisation d'une autre matrice, comme le concept de « valeur d'usage passif », conduirait à un autre résultat⁴³. Une matrice différente pourrait aussi être plus réaliste, car les consommateurs ne possèdent pas uniquement des intérêts financiers sur un marché donné, mais sont présents dans des sphères diverses et peuvent présenter des conflits d'intérêts (HCC, 2020^[32]) (Lianos, 2018^[33]).

50. Sur le plan pratique, une affaire de concurrence sur le bien-être animal contient un exemple concret de l'utilisation de l'économie qui peut également s'appliquer à la durabilité⁴⁴. Dans l'affaire néerlandaise du *poulet de demain*⁴⁵, l'ACM, en se fondant sur des enquêtes auprès des consommateurs, a utilisé une analyse portant sur les coûts et avantages⁴⁶ et sur le prix que les consommateurs sont prêts à payer pour comparer la hausse de prix avec l'appréciation faite par les consommateurs de l'amélioration du bien-être animal⁴⁷.

51. Dans l'ensemble, on peut observer qu'il serait utile d'approfondir les travaux menés en termes de théorie et de modèles économiques. Les documents existant sur cette question recourent à des hypothèses et à des outils traditionnels et se montrent prudents. Il pourrait être intéressant d'emprunter les modèles des débats sur la concurrence et l'innovation et

sur la concurrence et la qualité. Dans la pratique, l'utilisation d'outils économiques traditionnels a été observée dans des domaines qui sont étroitement liés à la durabilité et elle pourrait fournir des orientations utiles.

4.2. Durabilité et droit de la concurrence

52. Les questions techniques, qui consistent à déterminer les liens existant entre l'application du droit de la concurrence et la durabilité, peuvent faire l'objet de nouvelles subdivisions⁴⁸. L'interprétation des dispositions applicables en matière de concurrence peut conduire à deux résultats différents. On peut se demander, d'une part, dans quelle mesure les dispositions relatives à la concurrence peuvent être interprétées de telle sorte que les mesures préjudiciables du point de vue de la durabilité soient empêchées/proscrites (section 4.2.1), et d'autre part, dans quelle mesure ces dispositions pourraient être interprétées de manière à ce que les mesures favorisant la durabilité soient autorisées (section 4.2.2). Ces situations peuvent être qualifiées d'intégration à des fins de prévention et de soutien et pourraient également être comparées⁴⁹ à une épée et à un bouclier (Holmes, 2020_[34]). Dans le premier cas, le droit de la concurrence est utilisé comme une épée dans la lutte pour la durabilité, par exemple en vue de *prévenir* la dégradation de l'environnement, et dans le deuxième cas, les mesures sont protégées contre les prescriptions du droit de la concurrence lorsqu'elles *soutiennent* la durabilité.

4.2.1. Le droit de la concurrence, une épée dans la prévention des activités non durables des entreprises

53. Comment l'application du droit de la concurrence peut-elle favoriser la durabilité ? Autrement dit, dans quelle mesure le droit de la concurrence peut-il servir d'épée dans la lutte pour la durabilité ? Cette fonction du droit de la concurrence peut prendre la forme d'une application traditionnelle de ce droit ou de mesures visant à repousser ses limites de façon plus ou moins controversée.

54. Premièrement, il y a lieu d'insister sur le fait que la durabilité et l'efficacité (productive et dynamique) et le bien-être des consommateurs se recoupent. La durabilité passe par l'efficacité productive et l'efficacité dynamique pour parvenir et veiller au niveau optimal d'utilisation des ressources naturelles. De plus, la durabilité est un aspect qui est apprécié des consommateurs (Choi et Ng, 2011_[35]). Si la valeur de la durabilité et la disposition à en payer le prix peuvent varier selon les consommateurs (Marketing Charts, 2017_[36] ; McKinsey & Company, 2012_[37]), on peut supposer, à bon droit, que les consommateurs choisiraient, entre deux produits identiques par ailleurs, celui qui est le plus durable si celui-ci était proposé au même prix. Nous pouvons donc considérer que la durabilité est aussi un facteur de qualité (Volpin, 2020_[27]).

55. Ces observations sont importantes car elles indiquent que dans certains cas, l'application traditionnelle du droit de la concurrence peut conduire à une hausse de la durabilité⁵⁰. En d'autres termes, l'intensification de la concurrence faisant suite à l'intervention des autorités de la concurrence s'accompagne d'une durabilité accrue. Il peut s'agir d'un effet d'entraînement plus ou moins fortuit ou du résultat d'une action plus ciblée d'autorités de la concurrence soucieuses de la durabilité. À titre d'exemple d'intervention produisant ce type d'effets indirects⁵¹ sur la durabilité, citons l'affaire de la fusion *Panasonic/Sanyo* (FTC, 2009_[38])⁵². En l'occurrence, la FTC est intervenue et a fixé des conditions à la fusion concernant les batteries nickel-hydrure métallique (Ni-MH). Les batteries et la technologie correspondante jouent un rôle important dans la transition énergétique⁵³, car elles permettent de stocker les énergies renouvelables intermittentes (Barton et Infield, 2004_[39] ; Gallo et al., 2016_[40]). Dans cette affaire, la FTC a exigé la

cession d'une entreprise afin de préserver la concurrence sur ce marché des « batteries critiques » et a imposé, parmi d'autres solutions, un transfert à Fujitsu des droits de propriété intellectuelle relatifs aux batteries NiMH.

56. Les autorités de la concurrence peuvent également prendre des mesures ayant des effets prévisibles sur la durabilité en considérant cette dernière, notamment, comme un facteur de qualité. L'autorité française de la concurrence, par exemple a imposé une amende à des entreprises du secteur des revêtements de sol en PVC et en linoléum (Autorité de la concurrence, 2017^[41]). Les entreprises étaient convenues de ne pas communiquer sur leurs performances environnementales, ce qui aurait restreint le jeu de la concurrence pour ces critères de qualité.

57. Recourir à une mise en œuvre ciblée, aux côtés des théories du préjudice plus traditionnelles, pour lutter contre les activités anticoncurrentielles en matière d'innovation contribue sensiblement à favoriser la durabilité à travers la concurrence, en raison de l'importance de la R-D et de l'éco-innovation pour le développement durable. Par conséquent, les autorités de la concurrence pourraient ainsi se concentrer sur les pratiques d'exclusion concernant l'accès à la technologie⁵⁴ ou les ententes qui sont également préjudiciables du point de vue de la durabilité. On peut également citer, pour illustrer ce deuxième phénomène, l'action récemment introduite par la Commission européenne à l'encontre de *BMW, Daimler et VW*. À l'issue de son examen préliminaire, la Commission leur a adressé une communication des griefs (CE, 2019^[42]). Elle a fait valoir que ces entreprises avaient restreint le jeu de la concurrence dans le domaine de l'innovation pour les systèmes de réduction catalytique sélective des voitures particulières à moteur diesel⁵⁵ et les filtres à particules « Otto » des voitures particulières à injection directe⁵⁶. Il s'agit de deux systèmes de réduction des émissions. La Commission estime qu'en restreignant cette innovation, les entreprises ont refusé aux consommateurs la possibilité d'acheter des voitures moins polluantes, alors même que les constructeurs disposaient de cette technologie⁵⁷.

58. Proposer d'examiner les répercussions sur l'innovation lorsqu'il est question d'innovation en matière de durabilité (Lianos, 2018^[33]) ne semble donc pas exagéré. Si ces affaires paraissent plutôt relever des théories traditionnelles du préjudice, il a également été proposé d'élargir les théories du préjudice actuellement utilisées dans le droit de la concurrence à l'innovation et à ses relations avec la durabilité, puisque les effets sur l'innovation en général sont mentionnés dans les lignes directrices relatives aux fusions aux États-Unis (ministère de la Justice et FTC, 2010: 2) et dans l'UE (Lignes directrices de l'UE sur les concentrations horizontales : paragraphes 8, 20, 38 et 81 ; Lignes directrices de l'UE sur les concentrations non horizontales : paragraphes 10 et 26)⁵⁸. Selon certains, par exemple, la fusion *Bayer/Monsanto*⁵⁹ influait aussi de manière négative sur la durabilité (Lianos et Katalovsky, 2017^[43]). La fusion aurait non seulement pour effet d'accroître la concentration sectorielle, d'entamer le pouvoir de marché et donc d'entraîner une hausse des prix pour les agriculteurs et de les rendre dépendants, mais aussi d'influer de la même manière sur la diversité des semences disponibles et pourrait, dans l'ensemble, conduire à un usage accru des herbicides et pesticides à base de combustibles fossiles, et donc nuire à la durabilité (Lianos et Katalovsky, 2017^[43]). La Commission a pu se pencher sur certaines⁶⁰ de ces préoccupations dans le cadre de son évaluation de l'atteinte qui pourrait être portée à l'innovation, notamment au regard des efforts entrepris dans ce domaine et des extraits de l'innovation. Il semble néanmoins possible d'élargir plus avant cette théorie de l'atteinte à l'innovation pour englober non seulement les efforts et les extraits de l'innovation, mais aussi sa diversité et, partant, de prendre en considération un plus grand nombre encore de ces préoccupations (Makris et Deutscher, à paraître^[44]).

59. Il est également possible de repousser les limites actuelles des théories du préjudice par d'autres moyens. On pourrait ainsi imaginer de mettre l'accent sur les pratiques d'exploitation pour répondre aux préoccupations liées à la durabilité au regard de la pauvreté et des prix proposés aux agriculteurs (Holmes, 2020^[34]), (Fair Trade Advocacy Office, 2019^[45]), pages 45 et 54 ; (HCC, 2020^[32]); (Iacovides et Vrettos, 2020^[46]).

60. Il pourrait être possible d'élargir l'application du droit de la concurrence ou d'en repousser les limites dans certains domaines. Il existe toutefois des limitations et des dangers inhérents à diverses affaires. Premièrement, les pays ne considèrent pas tous que les formes d'exploitation abusive relèvent du droit de la concurrence. Deuxièmement, dans les affaires d'exploitation abusive, notamment en cas de tarification excessive⁶¹, les autorités de la concurrence prennent soin de ne pas être conçues comme des autorités de fixation des prix. Troisièmement, et plus généralement, les autorités de la concurrence doivent veiller à ne pas être perçues comme des autorités de normalisation. C'est-à-dire ni comme des autorités fixant les prix ni comme des autorités définissant la norme de durabilité applicable. Cette approche attentive résulte du principe de la séparation des pouvoirs et des préoccupations relatives à leur capacité d'agir en tant qu'autorités de tutelle fixant la norme de durabilité applicable (Nowag, 2016, pp. 141-142^[47]). Il importe toutefois de souligner que ces précautions ne signifient pas que cela ne peut pas se produire, comme le montre la comparaison avec les affaires de tarification excessive. Le fait qu'il soit difficile d'établir une tarification excessive n'implique pas qu'il soit dans tous les cas impossibles de l'établir en tant que pratique abusive.

61. Dans l'ensemble, la durabilité peut être favorisée par le droit de la concurrence en recourant aux outils traditionnels et, quand les circonstances le permettent, en les utilisant de manière plus créative. À cet égard, l'innovation, la qualité et, s'il y a lieu, les dispositions relatives aux pratiques d'exploitation des entreprises semblent pertinentes. De plus, la politique de la concurrence en général pourrait contribuer au débat plus large concernant la durabilité⁶². En Afrique du Sud, par exemple, la politique de la concurrence a joué un rôle important dans les réformes introduites après la fin de l'apartheid (Roberts, 2004^[48]). La politique de la concurrence a été utilisée pour faire évoluer les structures historiques d'une économie fortement concentrée en facilitant la participation croissante des entreprises détenues par des Noirs à l'économie.

4.2.2. Le droit de la concurrence en tant qu'obstacle ? – La durabilité, bouclier contre la responsabilité au regard du droit de la concurrence

62. L'application du droit de la concurrence en cas d'actions nuisant non seulement à la concurrence, mais aussi à la durabilité est un domaine dans lequel le droit de la concurrence pourrait favoriser la durabilité. Les interactions entre les actions des entreprises en faveur de la durabilité et le droit de la concurrence présentent également un intérêt, et sont parfois davantage à l'ordre du jour⁶³. En d'autres termes, et si l'on se place sous l'angle de la durabilité, on peut se demander dans quelle mesure le droit de la concurrence limite la quête de durabilité des participants au marché.

63. Pour le déterminer, il convient de souligner que la réponse n'implique pas seulement la question, parfois controversée, de savoir comment mettre en balance le droit de la concurrence et la durabilité (section 4.2.2). Au contraire, il faut souligner que de nombreuses activités bilatérales ou multilatérales exercées par les entreprises pour améliorer la durabilité ne relèvent pas du droit de la concurrence et n'impliquent pas nécessairement un tel exercice de mise en balance (section 4.2.1).

Champ d'application

64. Le débat entourant la durabilité se concentre trop souvent sur la mise en balance de la concurrence et de la durabilité. Cependant, la durabilité en tant que telle repose sur l'idée qu'il n'existe pas de conflit fondamental entre l'économie et l'environnement. En ce sens, on néglige fréquemment un vaste domaine, celui des actions des entreprises destinées à promouvoir la durabilité qui ne sont pas soumises aux interdictions du droit de la concurrence (Nowag, 2020^[49]). Ce domaine englobe des situations liées à la définition de l'activité commerciale qui tombe sous le coup du droit de la concurrence, les questions de l'intervention de l'État ou de l'obligation imposée par l'État, les exemptions sectorielles, ainsi que les affaires où il n'existe aucune restriction de la concurrence au sens des dispositions sur la concurrence. Les normes qui répondent à certains critères pourraient être les principaux exemples d'activités ne restreignant pas le jeu de la concurrence.

Activités commerciales/économiques relevant du droit de la concurrence

65. Les activités contribuant à la durabilité ne relèvent pas toutes automatiquement du droit de la concurrence. Celui-ci s'applique uniquement aux activités commerciales⁶⁴ et économiques⁶⁵ ou aux entreprises et aux organisations professionnelles⁶⁶ dans certains pays, et aux sociétés dans d'autres⁶⁷.

66. Par conséquent, soit certaines activités, soit, plus généralement certaines entités, quelles que soient leurs activités, n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la concurrence. Cela peut aussi être le cas pour des activités ou des entités dans le cadre de la durabilité. Dans l'UE, l'affaire *Allemagne contre Commission*⁶⁸ en est un parfait exemple. Cette affaire concernait des ONG caritatives, de protection de l'environnement, qui avaient été chargées de gérer les zones du patrimoine naturel national. La question était de savoir si ces ONG pouvaient, dans certaines situations (octroi de permis de pêche ou exploitation d'un camping) être considérées comme des entreprises et donc relever du droit de la concurrence de l'UE⁶⁹. Si, dans certains pays, les ONG caritatives pourraient *en soi* ne pas être soumises aux dispositions sur la concurrence, l'UE envisage la question différemment. Le droit de l'UE ne s'intéressant pas au statut juridique, mais analysant uniquement les activités concernées, l'affaire a porté sur la question de savoir si ces activités étaient de nature économique. Le tribunal a estimé que les activités ne devaient pas être examinées séparément, mais qu'elles étaient assez étroitement liées à la principale tâche non économique et sociale de gestion du patrimoine naturel. Par conséquent, le tribunal a estimé que les activités n'étaient pas soumises au droit de la concurrence.

Exceptions sectorielles

67. Certains États excluent également certains domaines de l'économie ou secteurs de l'application du droit de la concurrence. Par conséquent, les activités des entreprises de ces secteurs qui améliorent la durabilité ne relèvent pas, en règle générale, du droit de la concurrence.

68. L'agriculture, et en particulier la sécurité alimentaire, représentent également un secteur important dans le cadre du développement durable, au regard des trois éléments qui le constituent (protection environnementale, développement social et développement économique) (Fair Trade Advocacy Office, 2019^[45]). Dans de nombreux pays⁷⁰, l'agriculture est soit exemptée, soit soumise à des dispositions spécifiques⁷¹. Aux États-Unis, par exemple, le *Clayton Act* autorise la création de coopératives mutualistes et la Loi Capper-Vostead fait en sorte d'y inclure la transformation, la manutention, la commercialisation et la préparation de produits pour le marché. Néanmoins, ces lois ne

prévoient pas une immunité totale au regard du droit de la concurrence et n'exemptent ces activités qu'en partie (Reich, 2007^[50]).

Intervention de l'État et obligation imposée par l'État, droit d'adresser des pétitions aux pouvoirs publics

69. De la même manière, les mesures prises par les entreprises en faveur de la durabilité pourraient ne pas être soumises au droit de la concurrence, parce qu'elles sont imposées par la loi ou que les entreprises agissent de concert avec des organismes publics de façon à atteindre les objectifs de durabilité. Le ministère américain de la Justice, par exemple, a clos une enquête concernant les mesures prises par des constructeurs automobiles pour respecter des normes d'émissions plus strictes fixées par les autorités de tutelle californiennes (État de Californie, 2019^[51]). Ce type de comportement est exclu du champ d'application du droit de la concurrence américain en vertu du moyen de défense tiré de l'intervention de l'État (Petrosyan, 2019^[52]; Hovenkamp, 2019^[53]). La situation est analogue au Canada, où le Bureau de la concurrence tient compte de nombreux faits comme la nature globale du dispositif, les objectifs et la participation des autorités publiques lors de l'examen de la « théorie de la conduite réglementée » (Bureau de la concurrence Canada, 2010^[54]). Un autre exemple ayant plus spécifiquement trait à la durabilité vient des Pays-Bas⁷². Cette proposition de loi tient compte de la doctrine de l'intervention de l'État de l'UE (Gerard, 2010^[55]). Cette doctrine s'applique uniquement lorsqu'un comportement donné est directement imposé et que les entreprises n'ont pas la liberté d'adopter un comportement autonome. Par conséquent, en vertu de la proposition de loi néerlandaise, un groupe d'entreprises peut adresser au ministre des propositions de normes de durabilité contraignantes. Après avoir consulté les parties prenantes comme les participants au marché, les consommateurs et la société civile, le ministre peut décider de rendre obligatoire le dispositif proposé.

Normes et autres cas de figure ne restreignant pas le jeu de la concurrence

70. Les normes constituent également un domaine dans lequel de nombreux pays autorisent les entreprises à se livrer à des activités en faveur de la durabilité sans être soumises aux interdictions du droit de la concurrence. Ces normes fixent généralement des prescriptions techniques ou des exigences de qualité et sont évaluées avec plus d'indulgence que d'autres accords horizontaux, car elles sont censées jouer un rôle important dans l'innovation technique⁷³. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a estimé, dans l'affaire *Allied Tubes & Conduit Corp v. Indian Head, Inc.*, que les normes de sécurité comme celles fixées par la *National Fire Protection Association* étaient généralement proconcurrentielles, pour autant que « les associations privées promulguent des normes de sécurité basées sur le fond d'avis objectifs d'experts et via des procédures empêchant les membres qui ont intérêt, sur le plan économique, à étouffer la concurrence entre les produits d'influer sur le processus de normalisation⁷⁴ ».

71. Les normes sortent souvent⁷⁵ du champ d'application du droit de la concurrence lorsqu'elles remplissent les conditions⁷⁶ exigeant qu'elles ne soient pas utilisées pour des pratiques d'exclusion⁷⁷. De telles normes sont également particulièrement pertinentes au regard de la durabilité et impliquent souvent une certaine forme de certification. Dans ce cas, les normes réduisent l'asymétrie de l'information. Pour que les normes ne tombent pas sous le coup du droit de la concurrence, de nombreux pays exigent qu'elles ne limitent pas la participation, qu'elles prévoient des procédures transparentes mais pas d'obligation de s'y conformer, et qu'elles fixent des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (*fair, reasonable and non-discriminatory*, ou conditions FRAND) sur le plan opérationnel⁷⁸.

72. De même, les groupements de brevets sont rarement soumis aux interdictions du droit de la concurrence pour ne pas restreindre le jeu de la concurrence. Par exemple, la JFTC (2005:Part 3, 2(1)a) a expliqué, dans ses Lignes directrices sur la normalisation et les accords de groupement de brevets (*tout en ne traitant pas spécifiquement les groupements de brevets spécifiquement liés à la durabilité*), *explique les principes généraux de ces groupements de brevets et souligne que* « le jeu de la concurrence entre les technologies brevetées n'est pas restreint lorsque seuls les brevets essentiels sont groupés et que les conditions d'octroi des licences sont définies » (JFTC, 2005^[56]). Si ces conditions sont remplies, cela pourrait également s'appliquer aux groupements de brevets contenant des brevets pertinents pour la durabilité. On peut citer, comme exemple de ce type de groupement, l'Eco-Patent Commons⁷⁹. Les contributeurs à ce groupement offrent un accès aux brevets sans redevance afin de promouvoir l'innovation et d'accélérer la mise en œuvre de processus industriels bénéfiques pour l'environnement.

73. Un dernier domaine présente également un intérêt notable en matière de durabilité ; c'est la question de savoir si le jeu de la concurrence est restreint à tel point que les interdictions pertinentes s'appliquent. Il s'agit donc de considérations *de minimis*. Dans ce contexte, il convient de prendre note de l'approche adoptée par l'UE au regard des « accords peu structurés ». Dans des affaires comme *ACEA* (CE, 1998^[57]) (CE, 1999^[58]), *JAMA* et *KAMA* (CE, 2000^[59]), la Commission européenne a estimé que ces accords n'affectaient pas de manière sensible le jeu de la concurrence. Dans ces affaires, des constructeurs automobiles s'étaient entendus pour procéder à des réductions des émissions dans l'ensemble du secteur. Toutefois, au lieu d'imposer des modalités techniques pour ces réductions, les constructeurs étaient libres de décider comment procéder. Ils pouvaient donc concevoir des approches technologiques concurrentes pour réduire les émissions (CE, 2000^[59]). Dans le même ordre d'idée, l'autorité britannique de la concurrence a estimé qu'une initiative spontanée des fabricants d'emballage et producteurs de yaourts visant à améliorer les performances environnementales des pots de yaourt n'enfreignait pas le droit de la concurrence (OCDE, 2010^[60]). En outre l'autorité néerlandaise de la concurrence explique, dans son projet de lignes directrices, que les accords garantissant que les parties et leurs homologues en amont et en aval respectent le droit des pays dans lesquels ils exercent leurs activités ne restreignent pas le jeu de la concurrence (ACM, 2020^[61]).

Mise en balance

74. Si l'on s'intéresse de plus près à la question apparemment controversée de la mise en balance de la concurrence et de la durabilité, procéder à une nouvelle subdivision permet de distinguer les points les plus controversés de ceux qui le sont moins⁸⁰. Cette mise en balance peut se faire de manière abstraite (voir ci-dessus) ou au sein des cadres économiques établis du droit de la concurrence (voir ci-après).

Mise en balance abstraite

75. Les clauses relatives à l'intérêt général figurant dans le droit de la concurrence ou la jurisprudence fonctionnant de manière similaire constituent un exemple classique de mise en balance⁸¹. Cette dernière implique souvent une appréciation de la proportionnalité, laquelle est réalisée par le tribunal, ou spécifiquement « externalisée » auprès d'acteurs politiques comme les ministres.

76. Un tel système est ainsi à l'œuvre en Afrique du Sud et en Australie. En Afrique du Sud, l'article 10(3)(b) de la Loi sur la concurrence de 1989 prévoit une exemption afin de promouvoir « les entreprises contrôlées ou détenues par des personnes traditionnellement désavantagées pour qu'elles deviennent compétitives ». En Australie, l'article 90 de la Partie VII de la Loi sur la concurrence et la protection des consommateurs de 2010 prévoit

une autorisation si l'action procure « un avantage au public ». Ce type d'autorisation peut être accordé dans le cadre de la durabilité. Ainsi, en 2020, l'ACCC (2020_[62]) a accordé une telle autorisation au *Battery Stewardship Council* (BSC) pour l'établissement et l'exploitation d'un dispositif national de collecte et de recyclage des batteries, dont 3 % seulement sont recyclés à l'heure qu'il est. Ce dispositif impliquait une organisation qui facturait à ses membres des frais modiques, qui l'aidaient à financer une partie des coûts de collecte et de recyclage. L'ACCC a estimé que les avantages publics substantiels en termes d'avantages environnementaux importants, de sensibilisation du public et de soutien à la promotion de l'innovation l'emporteraient sur le préjudice résultant de l'obligation faite aux membres de traiter uniquement avec les membres du dispositif. Ce préjudice a été réduit par le fait que la participation était ouverte à tous les participants au marché. De plus, au Royaume-Uni, le ministre a la possibilité d'exempter totalement certains secteurs ou activités de l'application du droit de la concurrence au moyen d'une ordonnance relevant de l'Annexe 3(7) de la Loi sur la concurrence de 1998. Ce pouvoir a été utilisé pour les supermarchés dans le contexte de la récente crise du COVID⁸².

77. Les préoccupations concernant la durabilité figurent également dans les exemptions ministérielles des interdictions visant les fusions. En Espagne, l'article 10(4) de la Loi sur la concurrence n° 15/2007 permet au Conseil des ministres d'autoriser une fusion interdite pour des raisons « d'intérêt général [...comme] la protection de l'environnement ». De même, en Allemagne, le ministre peut infirmer les décisions d'interdiction prises par l'Office fédéral des ententes en invoquant une clause d'intérêt général. Le ministre a ainsi infirmé une décision d'interdiction dans l'affaire *Miba/Zollern* (Ministère de l'économie et de l'énergie, 2019_[63])⁸³. Dans cette affaire impliquant une entreprise allemande de taille moyenne, le ministre a justifié sa décision en faisant référence au potentiel d'innovation des technologies liées aux énergies renouvelables, lesquelles seraient ensuite déterminantes pour la réduction des émissions de CO₂, la protection de l'environnement et la durabilité (Ministère de l'économie et de l'énergie, 2019_[63]).

78. De même, certains pays, comme ceux de l'UE, ont adopté des règles limitant l'application du droit de la concurrence dans les situations où un objectif légitime est poursuivi et où les mesures adoptées pour atteindre cet objectif ne sont pas disproportionnées. Dans ces cas de figure, la durabilité serait mise en balance avec la restriction du jeu de la concurrence en fonction de la proportionnalité. Dans le contexte de l'UE, cette mise en balance peut se faire en invoquant la règle de raison européenne⁸⁴ en vertu de l'article 101(1) du TFUE, ou de l'article 106(2) du TFUE. Ainsi, la jurisprudence *Wouters*⁸⁵ (*Nowag*, 2015_[64])⁸⁶ permet de mettre en balance certains intérêts publics avec des restrictions du jeu de la concurrence au moyen de la proportionnalité. Cette jurisprudence peut s'appliquer de la même manière dans le cadre de la durabilité (*Monti*, 2017_[65]) (*De Stefano*, 2020_[66]) (*Gerbrandy*, 2020_[67]) (*HCC*, 2020_[32]). L'article 106(2) du TFUE autorise une telle mise en balance lorsqu'une entreprise a été chargée de la gestion de services d'intérêt économique général. Du point de vue de la durabilité, l'affaire *Sydhavnens Sten & Grus*⁸⁷ est pertinente. Dans ce cadre, la Cour de justice de l'UE a estimé que la gestion des déchets en tant que protection de l'environnement constituait un tel service. En conséquence, le droit de la concurrence s'applique uniquement dans la mesure où il ne fait pas « échec à l'accomplissement [...] de la mission particulière [...] impartie » par l'État à l'entreprise.

Mise en balance dans les cadres économiques du droit de la concurrence

79. Dans le contexte de la mise en balance dans les cadres établis du droit de la concurrence et du bien-être des consommateurs, des questions prêtant plus ou moins à controverse peuvent être mises en évidence. Cette distinction aide à concentrer le débat sur

les points qui méritent d'être débattus tout en cernant les domaines dans lesquels un accord peut être plus facilement trouvé. De plus, il est important de garder à l'esprit que le débat sur les domaines plus controversés n'est pertinent que dans quelques cas potentiellement extrêmes. Il s'agit de cas individuels particuliers, pour lesquels il existe une différence quant au résultat et les théories plus traditionnelles entraîneraient une interdiction des activités en faveur de la durabilité, alors que l'interprétation plus controversée conduirait au résultat opposé.

80. Par le passé, on a parfois établi une distinction entre les avantages non économiques et économiques des accords⁸⁸ ou entre la concurrence et l'action publique ou les préoccupations non liées à la concurrence (Dunne, 2020_[68] ; Wardhaugh, 2014_[69]). Bien que fréquemment utilisée et paraissant séduisante à un niveau abstrait⁸⁹, cette distinction semble souvent difficile à comprendre dans les cas concrets. Dans la pratique, les préoccupations relatives à l'action publique ou à caractère non économique peuvent souvent être « traduites » dans la langue traditionnelle des gains d'efficacité utilisés dans le droit de la concurrence et l'économie⁹⁰. Ainsi, les réductions de CO₂ peuvent être mesurées et exprimées en termes monétaires. De même, les consommateurs d'un produit donné peuvent apprécier les améliorations de la durabilité du produit sous forme d'améliorations de la qualité.

81. **Qualité** : Ces améliorations de la qualité semblent constituer une solution relativement incontestée⁹¹ pour intégrer la durabilité dans l'analyse de la concurrence (Volpin, 2020_[27]). Cette approche a ainsi été adoptée par l'ACM néerlandaise dans une affaire concernant le bien-être animal⁹², mais⁹³ elle pourrait être appliquée de la même manière dans le contexte de la durabilité⁹⁴. Si la qualité en tant que critère utilisé dans l'analyse de la concurrence n'est pas matière à controverse, la question de savoir comment l'évaluer et la mesurer dans une analyse du droit de la concurrence n'est pas tranchée (OCDE, 2013_[70]). De même, lorsque la durabilité constitue un aspect de la qualité d'un produit, les outils utilisés dans le cadre de l'évaluation des interactions entre la concurrence, la coopération et l'innovation ne sont pas pertinents (Shapiro, 2002_[71]).

82. Utiliser des outils largement connus dans le débat sur l'innovation amène à se poser des questions qui semblent légèrement plus controversées et qui appellent une réponse uniquement lorsqu'une affaire ne peut pas se prêter à une valuation « traditionnelle » de la qualité. Ces débats consistent notamment à se demander dans quelle mesure il faut prendre en considération les *avantages futurs* et les avantages constatés *sur d'autres marchés*.

83. **Avantages futurs** : Pour les affaires impliquant des avantages liés à la durabilité (comme dans le cas de l'innovation), il pourrait être logique d'inclure les avantages futurs. On tiendrait donc compte non seulement des avantages qui se présentent pour les utilisateurs ou consommateurs actuels du produit en question, mais aussi des avantages pour les futurs consommateurs, même si un taux d'actualisation pourrait être appliqué⁹⁵. Cette prise en compte des bénéfices futurs peut ainsi être envisagée dans le contexte de la conservation des réserves halieutiques. En 2000, le ministère américain de la Justice a adressé une *business review letter* à l'*Akutan Catcher Vessel Association* (DoJ - Antitrust Division, 2000_[72]). L'association avait prévu de remplacer l'ancien système, dans lequel chaque membre était incité à effectuer les captures aussi vite que possible, jusqu'à la fixation, par les pouvoirs publics, d'un quota annuel pour la coopérative. Le nouveau système consisterait en une subdivision des quotas aux fins de l'affectation et garantirait et accroîtrait la valeur des lieux jaunes pêchés tout en réduisant les captures accessoires accidentelles. Dans une affaire similaire, *MSC Garnalenvisserij*⁹⁶, l'ACM néerlandaise a émis des orientations informelles, en soulignant qu'un système destiné à limiter la surpêche pourrait être justifié, à condition de démontrer qu'il est nécessaire pour répondre aux préoccupations relatives à la durabilité mises en évidence par des études scientifiques. Le

récent projet de lignes directrices de l'ACM sur les « accords de durabilité »⁹⁷ montre clairement que l'ACM a l'intention de faire usage de l'outil standard coût social/avantages utilisé par les autorités publiques néerlandaises pour évaluer ces avantages futurs. Dans le cadre de cette analyse, les avantages présentés au regard de la durabilité en termes d'atteintes à l'environnement évitées sont monétisés à l'aide de prix environnementaux ou « fictifs »⁹⁸.

84. Une question pratique concerne le délai dans lequel ces avantages devraient se concrétiser pour être pris en compte. Cette question n'est pas très différente des questions parallèles posées dans le contexte de l'innovation (HCC, 2020_[32]).⁹⁹ Elle pourrait donc être considérée de la même manière comme une question de preuve plutôt que de politique menée (Coates et Middelschulte, 2019, p. 321_[73]). Cela étant, toute actualisation effectuée dans le contexte d'avantages (futurs) liés à la durabilité doit se faire avec précaution. Ces avantages ne doivent pas simplement être réduits à zéro, notamment parce que les coûts futurs pourraient être largement sous-estimés, comme le montre l'exemple du changement climatique (HCC, 2020_[32])¹⁰⁰.

85. **Avantages sur d'autres marchés :** Se pose également la question de savoir si les avantages découlant de mesures créant des avantages liés à la durabilité doivent se matérialiser sur le même marché ou si les avantages générés sur d'autres marchés peuvent aussi être pris en compte. Aux États-Unis et dans l'UE, la jurisprudence donne à penser que c'est le cas pour les marchés *étroitement liés*¹⁰¹. Aux États-Unis, la Cour suprême a estimé, dans l'affaire *Amex*, que pour les marchés bifaces, le coût induit sur un marché pouvait être compensé par les avantages générés dans l'autre partie du marché¹⁰². Dans l'UE, la Cour de justice est parvenue à une conclusion similaire dans *MasterCard*¹⁰³ et dans *Compagnie Générale Maritime*¹⁰⁴ et elle a estimé, dans *ASNEF-EQUIFAX*, qu'« au regard de l'article [101(3) du TFUE], c'est le caractère favorable de l'incidence sur *l'ensemble des consommateurs* dans les *marchés* pertinents qui [est] pris en considération et non pas l'incidence sur chaque membre de cette catégorie de consommateurs »¹⁰⁵. Une telle approche semble également judicieuse compte tenu des difficultés inhérentes à la définition des marchés (Townley, 2011_[74]) (Odudu, 2001_[75]).

86. La question de savoir dans quelle mesure le droit de la concurrence devrait se concentrer sur les effets produits hors des marchés nationaux, ou plus précisément si les effets bénéfiques sur les marchés étrangers peuvent être pris en compte, est davantage controversée. Cette question est particulièrement pertinente au regard de la durabilité et du fait qu'elle met l'accent sur le développement économique et la pauvreté dans les pays en développement. Jusqu'à présent, aucune réponse universelle claire à cette question ne semble exister, même s'il a été suggéré que l'application extraterritoriale du droit de la concurrence justifierait une telle approche¹⁰⁶. Le récent projet de lignes directrices de l'ACM néerlandaise donne à penser que celle-ci ferait la distinction entre les accords concernant les atteintes à l'environnement et les autres accords portant sur la durabilité¹⁰⁷. Seuls les avantages environnementaux seraient pris en compte, mais pas les avantages sociaux générés à l'étranger car les consommateurs, les producteurs et les citoyens néerlandais pourraient profiter des avantages environnementaux¹⁰⁸.

87. **Avantages futurs sur d'autres marchés :** De plus, on peut se demander dans quelle mesure les deux points soulevés ci-dessus peuvent se combiner, en d'autres termes dans quelle mesure les avantages futurs sur d'autres marchés peuvent être pris en compte. À cet égard, les réponses semblent être assez étroitement liées à celles exposées précédemment. Là encore, une comparaison avec l'évaluation de l'innovation s'avère utile¹⁰⁹. Ainsi, comme pour le concept des marchés de l'innovation et des espaces d'innovation, il pourrait être possible d'analyser les marchés de la durabilité en s'intéressant plus particulièrement aux produits de demain et aux futurs consommateurs et

au potentiel de nouveaux produits de durabilité innovants¹¹⁰. Dans les affaires liées à l'innovation, la mise en balance part du principe que les consommateurs actuels sont prêts à régler un prix plus élevé pour que les consommateurs futurs puissent bénéficier soit de composés améliorés sur ce marché, soit de produits totalement nouveaux (c'est-à-dire sur de nouveaux marchés) (HCC, 2020^[32]), couvrant ainsi plusieurs générations (Townley, 2011^[74]).

88. **Mesures élargies des gains d'efficience** : Le point le plus controversé, peut-être, concerne la norme qui est appliquée au regard des gains d'efficience et du bien-être des consommateurs¹¹¹. Cette question est particulièrement épineuse lorsque la mise en balance abstraite décrite précédemment ne peut pas être réalisée dans le pays ou l'affaire en question. Toute forme d'élargissement de la norme utilisée pour les gains d'efficience et le bien-être des consommateurs réduit la différence entre la mise en balance abstraite avec l'intérêt général et la mise en balance avec les cadres économiques ; même lorsque cet élargissement consiste simplement à étudier aussi les avantages liés à l'innovation ou aux coûts qui seront générés à l'avenir. Dans le débat sur la durabilité, il est ainsi pertinent d'élargir, comme cela a été proposé, les gains d'efficience et le bien-être des consommateurs en incluant les avantages *économiques* totaux pour la société¹¹². Certains ont fait valoir qu'une telle approche était requise par la loi (Holmes, 2020^[34] ; Kingston, 2019^[76] ; Lianos, 2018^[33]) dans les pays où la loi impose l'intégration de la durabilité dans tous les domaines du droit, et notamment du droit de la concurrence¹¹³. Il a ainsi été suggéré d'utiliser le prix du CO₂ pour établir les avantages découlant des accords de réduction des émissions de CO₂¹¹⁴. Plus généralement, cette approche de mise en balance reposerait sur les préférences observées¹¹⁵ et la méthode de l'évaluation contingente¹¹⁶ et sur une analyse coûts-avantages¹¹⁷.

89. Si ces propositions pourraient être controversées et soulever des questions quant à la légitimité¹¹⁸ et à la capacité des autorités de la concurrence de procéder à de telles évaluations, il existe manifestement des possibilités d'atténuation. Ainsi, il semble possible de calculer l'avantage total pour la société¹¹⁹, puis de le diviser et de calculer ainsi l'avantage individuel. On trouve un exemple d'une telle approche dans une affaire néerlandaise concernant des centrales au charbon¹²⁰, dans laquelle il était question d'un accord portant sur la fermeture de centrales de ce type. Dans son avis, l'autorité de la concurrence a utilisé les coûts évités et analysé la hausse des prix en lien avec les avantages pour la santé et l'allongement de l'espérance de vie exprimés en termes monétaires. Cette approche figure aussi, désormais, dans le nouveau projet de lignes directrices¹²¹.

90. Lorsqu'un tel calcul est effectué, l'avantage calculé pour l'individu devrait ensuite être ajouté aux avantages éventuels pour le consommateur individuel du produit au regard de critères plus traditionnels (comme les améliorations de la qualité). Cela permettrait ainsi de calculer l'avantage total pour le consommateur.

91. S'agissant de la capacité des autorités de la concurrence de procéder à de telles évaluations, les règles nationales sur la charge de la preuve revêtent une importance particulière. Dans l'UE, par exemple, les inquiétudes éventuelles concernant la capacité des autorités de la concurrence de calculer les avantages sont atténuées par le fait qu'il revient au défendeur, plutôt qu'à ces autorités, de fournir les évaluations et les preuves correspondantes¹²².

5. Aspects liés aux processus

92. Les paragraphes suivants sont consacrés à l'analyse d'un certain nombre d'outils utiles pour les aspects liés aux processus¹²³ concernant la durabilité au sein des autorités de

la concurrence. Ces aspects peuvent aider les autorités qui entendent rendre la durabilité pertinente dans leurs pratiques. Il s'agit en particulier des objectifs, de l'établissement des priorités, des orientations et des procédures d'approbation des autorités de la concurrence, du « bac à sable » réglementaire, des preuves recevables, des capacités, des sanctions et de la coopération internationale. Pour éclairer l'analyse, ces aspects permettent de faire la distinction entre les affaires dans lesquelles le droit de la concurrence est utilisé comme une épée pour parvenir à la durabilité et celles dans lesquelles les entreprises visent à promouvoir la durabilité¹²⁴.

93. **Objectifs et priorités des autorités de la concurrence :** Au regard de l'utilisation du droit de la concurrence comme une épée pour favoriser la durabilité, les objectifs et les priorités de l'autorité de la concurrence ont de l'importance¹²⁵. Et la durabilité pourrait figurer parmi les objectifs fixés par une autorité. Ainsi, dans son rapport annuel pour 2020-21, la CMA britannique a précisé que « dans l'immédiat, [...] nous proposons d'exercer nos fonctions en 2020-21 en prenant tout particulièrement en considération ces objectifs stratégiques : [...] Changement climatique – favoriser la transition vers une économie à faibles émissions de carbone : Nous allons nous attacher à mieux comprendre comment le climat influe sur les marchés et nous demander comment nous pouvons, en exerçant nos fonctions, agir de manière à favoriser la transition vers une économie à faibles émissions de carbone. Nous envisagerons également de faire usage de nos pouvoirs répressifs pour corriger les déclarations fausses ou trompeuses influant sur les consommateurs, par exemple en ce qui concerne l'utilisation de plaintes « vertes » ». ¹²⁶ De même, l'autorité française de la concurrence a inscrit le développement durable « au cœur » de son action pour 2020¹²⁷. Elle peut ainsi privilégier les affaires concernant des atteintes à la concurrence dans des domaines qui sont pertinents pour la durabilité, comme la transition vers une économie à faibles émissions de carbone.

94. Ces objectifs ainsi que l'établissement des priorités pourraient s'avérer particulièrement utiles pour cibler les efforts de mise en œuvre. Par conséquent, cela pourrait favoriser un examen plus attentif de l'existence d'activités anticoncurrentielles faisant obstacle au développement durable, par exemple en cherchant à déterminer si des comportements anticoncurrentiels se produisent dans les secteurs de la croissance verte et de la croissance inclusive¹²⁸. La priorité devrait donc être donnée aux affaires dans lesquelles les pratiques anticoncurrentielles ont des effets particulièrement néfastes sur les plus pauvres.

95. **Orientations, priorités et ouverture :** Les orientations ont tout particulièrement leur importance dans les affaires dans lesquelles les entreprises visent à promouvoir la durabilité. Les orientations formelles et informelles édictées par les autorités doivent être spécifiquement mises en évidence, les parties prenantes ayant dit craindre que les entreprises ne s'abstiennent de pratiquer des activités de durabilité par crainte des conséquences au regard du droit de la concurrence¹²⁹, c'est-à-dire d'une application trop rigoureuse de la législation, mais la dissuasion peut être excessive. À cet égard, l'ouverture de l'autorité de la concurrence à ces orientations informelles et la volonté clairement affichée par des autorités comme l'ACM (ACM, 2020_[61]) de s'y intéresser si des questions se posent pourraient s'avérer utiles.

96. Les Pays-Bas, le Japon, l'Allemagne et les États-Unis offrent des exemples du rôle joué par les orientations formelles et informelles et l'établissement des priorités dans le contexte de la durabilité. À l'heure qu'il est, l'ACM néerlandaise a publié uniquement un projet de lignes directrices sur les accords de durabilité (ACM, 2020_[61]) qui reposent sur ses principes de base de 2016¹³⁰, dans lesquels elle explique comment elle procéderait au contrôle de ces accords, et sur le document de 2014 exposant sa vision¹³¹.

97. D'autres pays adoptent des méthodes formelles et plus informelles lorsque l'élaboration d'orientations informelles et l'établissement des priorités ne se font pas dans un cadre général mais dans des affaires déterminées. Au Japon, le JFTC a établi des lignes directrices propres aux activités conjointes de recyclage¹³², tout en gérant un service de consultation général. Dans ce contexte, l'autorité a fourni des orientations sur une initiative menée par une agglomération et impliquant l'ensemble des commerçants ainsi que les consommateurs¹³³. Cette initiative visait à réduire l'utilisation des sacs plastiques moyennant un coût modique pour les consommateurs. Le JFTC a estimé qu'elle pouvait se poursuivre, les restrictions étant uniquement accessoires et proportionnées à l'objectif de réduction des déchets plastiques.

98. De même, dans plusieurs affaires, l'allemand BKart a décidé de dialoguer de façon informelle avec les parties et de ne pas intervenir, en faisant usage de son pouvoir d'établissement des priorités¹³⁴. Ces affaires concernent par exemple le label *Fairtrade*. L'autorité a décidé de ne pas se saisir de l'affaire, car il était fort probable que l'accord ne tombe pas sous le coup de l'article 101 (1) du TFUE¹³⁵ ou du moins qu'il fasse l'objet d'une exemption en vertu de l'article 101 (3) du TFUE. Dans le domaine du bien-être animal, une autre affaire donne également des indications intéressantes. Cette affaire concernait une prime que les commerçants devaient acquitter par kilo de porc et de poulet et qui serait versé dans un fonds central. Les produits recueillis seraient ensuite utilisés pour améliorer le bien-être des porcs et des poulets dans les fermes participantes. L'autorité a décidé de ne pas intervenir à deux reprises : tout d'abord, à partir de 2014-2018, puis après avoir dialogué avec les entreprises et approuvé des modifications de nouveau à compter de 2018-20¹³⁶.

99. Dans une situation similaire concernant le programme d'échange d'informations de la *Fair Factories Clearinghouse*, le ministère américain de la Justice a envoyé une *business review letter*¹³⁷. L'affaire concernait la chaîne d'approvisionnement des vêtements et des chaussures. Un organe central recueillait et partageait des informations sur le travail des enfants et le travail forcé, la santé, la sécurité et les droits des travailleurs. Ces informations portaient également sur les salaires versés et les heures de travail effectuées dans les usines. Selon le ministère de la Justice, cette affaire ne soulevait pas de préoccupations profondes en matière de concurrence, car ce programme était conforme aux règles liées aux régimes de protection applicables aux normes et concernait uniquement des aspects *de minimis*¹³⁸ et qu'un programme de respect du droit de la concurrence avait été mis en place.

100. Édicter des orientations informelles pourrait être une source de clarté. Toutefois, dans les pays prévoyant l'application du droit de la concurrence par voie de poursuites privées, l'incertitude juridique demeure car les tribunaux ne sont pas nécessairement liés par l'action des autorités¹³⁹. Par conséquent, des orientations plus formelles, sous forme de lignes directrices, par exemple, pourraient également s'imposer¹⁴⁰, même si le caractère contraignant de ces orientations émises par les autorités pourrait aussi poser problème. En dernière analyse, des mesures non contraignantes comme l'établissement de priorités, d'orientations informelles ou de lignes directrices plus formelles pourraient ouvrir la voie à des questions concernant la certitude juridique, et des mesures législatives pourraient également s'avérer nécessaires.

101. **Procédure d'approbation/d'exemption** : La certitude juridique peut être instaurée à l'aide d'un système prévoyant une procédure d'approbation *ex ante* contraignante. Un tel système existait dans l'UE avant que le Règlement n° 1/2003¹⁴¹ n'en décentralise l'application. Le système d'agrément australien accorde la certitude voulue aux initiatives en faveur de la durabilité, comme le montre l'autorisation octroyée par l'ACCC au *Battery Stewardship Council*¹⁴².

102. « *Bac à sable* » réglementaire : Une suggestion relativement récente (HCC, 2020_[32]) concerne l'utilisation d'un bac à sable réglementaire, dans lequel les entreprises peuvent faire des expériences sous le contrôle de l'autorité de la concurrence, sans encourir de sanctions pour ce qui constituerait, dans d'autres circonstances, des infractions à la loi.

103. *Preuves* : Dans le cadre du soutien apporté aux activités de durabilité des entreprises, les règles déterminant quels types de preuves sont acceptés dans le système juridique ont leur importance. Le projet de lignes directrices de l'ACM souligne que les preuves qualitatives et quantitatives sont également recevables, car en matière de durabilité, il arrive parfois qu'on ne dispose d'aucune preuve quantitative, mais uniquement de preuves qualitatives (ACM, 2020_[61]). Par conséquent, les règles interdisant ou limitant le recours aux preuves qualitatives et imposant une quantification spécifique des avantages peuvent faire obstacle aux activités proconcurrentielles en faveur de la durabilité.

104. *Capacités* : Les questions ayant trait aux preuves recevables sont liées aux capacités. Les autorités de la concurrence pourraient devoir renforcer et élargir leurs capacités, la durabilité constituant un domaine vaste – et peut-être transversal – couvrant des thèmes comme la protection de l'environnement, l'économie ou la dimension sociale. La coopération avec d'autres autorités de tutelle, les parties prenantes concernées et la société civile semble donc essentielle. Il pourrait même être judicieux de mettre en place des unités conjointes avec d'autres services publics spécialisés (HCC, 2020_[32]) (Kingston, 2012_[77]) pour acquérir une connaissance plus approfondie des questions de durabilité. L'autorité française de la concurrence a ainsi créé un groupe de travail avec différentes autorités de réglementation sectorielle françaises¹⁴³.

105. *Sanctions* : L'approche de la durabilité peut aussi influencer sur les décisions en matière de sanctions. Lorsque l'autorité souhaite soutenir les initiatives en faveur de la durabilité, une application trop rigoureuse de la législation et une dissuasion excessive suscitent des préoccupations. Par conséquent, l'ACM n'impose pas de sanctions lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies : les parties ont suivi de bonne foi les lignes directrices ou les orientations informelles de l'ACM, publié ouvertement les détails de l'accord et modifié ce dernier après que l'ACM s'y soit opposée¹⁴⁴. La situation est différente lorsque l'autorité entend utiliser son pouvoir pour lutter contre des pratiques commerciales non durables. Dans ce contexte, on pourrait utilement se demander s'il est possible d'alourdir les sanctions lorsque le comportement anticoncurrentiel produit des effets particulièrement néfastes sur la durabilité. Il a été suggéré, par exemple, que ces effets pourraient constituer un facteur aggravant dans le processus de fixation des sanctions, notamment lorsque la collusion dommageable s'est produite du fait d'une initiative, comme une initiative de normalisation, conçue pour accroître la durabilité¹⁴⁵.

106. *Coopération internationale* : Enfin, la coopération internationale et les échanges au sein de forums comme l'OCDE ou l'ICN ont leur importance. Si les activités privées en faveur de la durabilité ne sont pas soumises aux interdictions du droit de la concurrence dans un pays, elles pourraient l'être dans d'autres. La KPPU indonésienne, par exemple, a subi des pressions en vue de l'interdiction d'une norme privée relative à l'huile de palme qui réduisait la déforestation¹⁴⁶. Celle-ci a été abandonnée par la suite. De même, des pressions auraient été exercées sur la CADE pour qu'elle examine une norme similaire destinée à réduire la déforestation au Brésil, les propriétaires terriens d'Amazonie ayant le droit de déforester jusqu'à 20 % de leurs terres pour y pratiquer des activités agricoles¹⁴⁷. Lorsque ces normes privées sont abandonnées, les États pourraient intervenir. Des débats ont ainsi lieu dans l'UE pour interdire toutes les importations de soja et de bœuf en provenance d'Amazonie brésilienne¹⁴⁸, même si seuls 17 % des exportations vers l'UE sont liés à la déforestation, 2 % des exploitations agricoles seulement étant à l'origine de 62 % de la déforestation illicite¹⁴⁹. De même, les États-Unis ont interdit, dernièrement,

l'importation de certaines huiles de palme en raison de préoccupations liées au travail forcé¹⁵⁰. Dans l'ensemble, la courtoisie devrait être de mise et en définitive, le fait qu'une mesure soit jugée acceptable au regard du droit de la concurrence suivant la doctrine de l'intervention de l'État ou parce qu'on estime qu'elle ne restreint pas le jeu de la concurrence¹⁵¹ ne devrait pas faire une grande différence.

6. Conclusion

107. Bien souvent, le débat sur la durabilité et le droit et la politique de la concurrence a été réduit à une opposition entre politique publique et concurrence, et à la question de savoir si la réglementation est plus indiquée pour parvenir à la durabilité. Cela étant, ce débat simpliste est peu constructif, car il obscurcit la question plus qu'il ne facilite les progrès sur ce point. La réglementation a un rôle important à jouer, mais en raison du caractère exclusif de ce débat, le droit et les autorités de la concurrence sont considérés comme étant déconnectés de la réalité et peu coopératifs. Dans le même temps, ce débat décourage même les activités en faveur de la durabilité parfaitement inoffensives et licites. Pour promouvoir un débat constructif, ce rapport avait pour objectif de présenter la problématique dans ses grandes lignes et de mettre en évidence les questions plus ou moins controversées de l'application pratique du droit de la concurrence dans un contexte de durabilité.

108. Il a analysé le concept de durabilité et ses liens avec les interventions des acteurs du marché, a posé la question normative de savoir si les préoccupations liées à la durabilité devraient influencer sur le droit et la politique de la concurrence, a étudié brièvement l'économie qui sous-tend les interactions entre le droit de la concurrence et la durabilité, avant de se concentrer sur les questions techniques relatives à l'application pratique du droit de la concurrence.

109. Dans la première partie de la question technique, le rapport a expliqué en quoi la protection de la concurrence, le bien-être des consommateurs et la durabilité se recoupent. Les autorités de la concurrence peuvent donc favoriser la durabilité en ciblant la mise en œuvre du droit de la concurrence lorsque les pratiques anticoncurrentielles sont tout aussi néfastes du point de vue de la durabilité, par exemple lorsque des ententes empêchent les consommateurs d'acheter des produits plus durables. De même, le recours à des théories du préjudice plus dynamiques qui protègent l'innovation, et favorisent ainsi la durabilité, semble aussi s'inscrire dans le cadre des actions moins controversées pouvant être menées par une autorité de la concurrence pour favoriser la durabilité. On peut également se demander jusqu'à quel point il conviendrait de promouvoir les théories dynamiques de l'innovation et si mettre l'accent sur les formes d'exploitation abusive pour protéger la dimension sociale de la durabilité, c'est-à-dire la pauvreté, peut se justifier.

110. La deuxième partie du rapport s'est intéressée à des affaires dans lesquelles les entreprises souhaitaient s'engager sur une voie plus durable, mais pouvaient se sentir paralysées par le droit de la concurrence. Elle a tout d'abord analysé les domaines qui prêtaient le moins à controverse dans leur application concrète, comme les différentes formes d'exclusion du champ d'application du droit de la concurrence ou la mise en balance de la durabilité et de la concurrence lorsque le droit de la concurrence d'un pays prévoit une exception ayant trait à l'intérêt général. Elle a étudié ensuite la mise en balance du bien-être des consommateurs et des gains d'efficacité dans les cadres économiques existants. Le rapport a montré que la durabilité pouvait aisément s'intégrer dans ce cadre en tant que critère de qualité. Par conséquent, des questions plus délicates ont été examinées, comme celle qui a trait à la nature dynamique de la durabilité ou comme celle de savoir si les avantages futurs et sur d'autres marchés peuvent être pris en compte.

111. Dans sa dernière partie, le rapport a examiné les aspects liés aux processus. Il a montré qu'il était important que les autorités fixent des objectifs et des priorités et comment cela pouvait conduire à cibler les pratiques restrictives qui font obstacle aux activités ou à une consommation durables. De plus, l'importance des orientations formelles et informelles a été soulignée. Le rapport a également évoqué les questions des procédures d'approbation, du « bac à sable » réglementaire, des preuves recevables, des capacités, des sanctions et de la coopération internationale.

112. Le rapport a montré que le débat concernant la durabilité et le droit de la concurrence a déjà progressé et que les autorités de nombreux pays membres de l'OCDE prennent déjà en compte les questions de durabilité dans leur pratique de mise en œuvre, de manière délibérée ou non.

Bibliographie

- ACM (2020), *Draft guidelines ‘Sustainability Agreements’*, [61]
<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>.
- ACM (2016), *ACM sets basic principles for oversight of sustainability arrangements*, [129]
<https://www.acm.nl/en/publications/publication/16726/ACM-sets-basic-principles-for-oversight-of-sustainability-arrangements> (consulté le 5 octobre 2020).
- ACM (2014), *Vision document on Competition and Sustainability*, [115]
<https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability>.
- ACM (2013), *Notitie ACM over sluiting 5 kolencentrales in SER Energieakkoord*. [114]
- ACM (2013), *Position Paper Competition and Sustainability*, [119]
https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11733_acm-position-paper-competition-and-sustainability.pdf (consulté le 5 October 2020).
- ACM (s.d.), *ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’*, [130]
https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf.
- Andriychuk, O. (2019), *The Normative Foundations of European Competition Law: Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Edward Elgar. [113]
- Autorité de la concurrence (2020), *L’Autorité de la concurrence annonce ses priorités pour l’année 2020*, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-annonce-ses-priorites-pour-lannee-2020> (consulté le 5 octobre 2020). [131]
- Autorité de la concurrence (2017), *Décision 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients*, [41]
<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-revetements-de-sols-resilients> (consulté le 5 octobre 2020).
- Barton, J. et D. Infield (2004), « Energy storage and its use with intermittent renewable energy », *IEEE Transactions on Energy Conversion*, vol. 19/2, pp. 441-448, [39]
<http://dx.doi.org/10.1109/TEC.2003.822305>.
- Boyd, D. (2012), *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, University of British Columbia Press. [12]

- Brook, O. (2019), « Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts and Five Competition Authorities », *Common Market Law Review*. [112]
- Bureau de la concurrence Canada (2010), *Bulletin technique sur les activités « réglementées »*, [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/425f69a205e4a9f48525742e00703d75/05c3bd80dbd74a388525823c004a4e86/\\$FILE/RegulatedConduct-sept-2010-f.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/425f69a205e4a9f48525742e00703d75/05c3bd80dbd74a388525823c004a4e86/$FILE/RegulatedConduct-sept-2010-f.pdf) (consulté le 5 octobre 2020). [54]
- Capobianco, A. et A. Nagy (2016), « Public Interest Clauses in Developing Countries », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7/1, pp. 46-51, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv076>. [111]
- Carrier, M. (2011), « An Antitrust Framework for Climate Change », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 9/8, pp. 513-532, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925020. [109]
- Carrier, M. (2008), « Two Puzzles Resolved: Of the Schumpeter–Arrow Stalemate and Pharmaceutical Innovation Markets », *Iowa Law Review* 393. [110]
- Carson, R. (2012), « Contingent Valuation: A Practical Alternative When Prices Aren't Available », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 26/4, pp. 27-42. [108]
- Carson, R. (2011), « Contingent Valuation: Controversies and Evidence », *Environmental and Resource Economics*, vol. 19, pp. 173-210. [107]
- CE (2019), *Case AT.40178 – Car Emissions*. [42]
- CE (2000), *XXIXe Rapport sur la politique de concurrence - 1999*, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/fr.pdf. [59]
- CE (1999), *XXVIIIe Rapport sur la politique de concurrence - 1998*, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1998/fr.pdf. [58]
- CE (1998), *L'engagement des constructeurs automobiles européens de réduire les émissions de CO2 des voitures particulières est conforme aux règles de concurrence de l'UE*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_98_865. [57]
- Charlesworth, H. et al. (dir. pub.) (2005), *The Fluid State: International Law and National Legal Systems*, Federation Press. [15]
- Choi, S. et A. Ng (2011), « Environmental and Economic Dimensions of Sustainability and Price Effects on Consumer Responses », *Journal of Business Ethics*, vol. 104/2, pp. 269-282, <http://dx.doi.org/10.1007/s10551-011-0908-8>. [35]
- Claasen, R. et A. Gerbrandy (2016), « Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach », *Utrecht Law Review*, vol. 12/1, pp. 1-15, <http://dx.doi.org/10.18352/ulr.321>. [8]
- CMA (2020), *Corporate report Annual Plan 2020 to 2021*, <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authority-annual-plan-2020-to-2021/annual-plan-2020-to-2021>. [126]

- Coates, K. et D. Middelschulte (2019), « Getting Consumer Welfare Right: the competition law implications of market-driven sustainability initiatives », *European Competition Journal*, vol. 15/2-3, pp. 318-326, <http://dx.doi.org/10.1080/17441056.2019.1665940>. [73]
- Cole, D. et P. Grossman (1999), « When is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection », *Wisconsin Law Review*, vol. 1999, pp. 887-938, <https://ssrn.com/abstract=217211>. [21]
- Comité, O. (dir. pub.) (2008), *Resale Price Maintenance*, Éditions OCDE, <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>. [28]
- Council, B. (dir. pub.) (2020), *Determination Application for authorisation AA1000476 lodged by Battery Stewardship Council in respect of the Battery Stewardship Scheme Authorisation number: AA1000476*, <https://www.accc.gov.au/public-registers/authorisations-and-notifications-registers/authorisations-register/battery-stewardship-council> (consulté le 5 October 2020). [62]
- Crawford, J. (2019), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, <https://global.oup.com/ukhe/product/brownlies-principles-of-public-international-law-9780198737445?cc=ph&lang=en&>. [17]
- Cseres, K. (2020), « “Acceptable” Cartels at the Crossroads of EU Competition Law and the Common Agricultural Policy: A Legal Inquiry into the Political, Economic, and Social Dimensions of (Strengthening Farmers’) Bargaining Power », *The Antitrust Bulletin* 401. [106]
- De Stefano, G. (2020), « EU Competition Law & The Green Deal: The Consistency Road », *CPI Antitrust Chronicle*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-competition-law-the-green-deal-the-consistency-road>. [66]
- Delmas, M. et A. Keller (2005), « Free riding in voluntary environmental programs: The case of the U.S. EPA WasteWise program », *Policy Sciences*, vol. 38, pp. 91-106, <http://dx.doi.org/10.1007/s11077-005-6592-8>. [29]
- Dunne, N. (2020), « Public Interest and EU Competition Law », *The Antitrust Bulletin*, vol. 65/2, pp. 256-281, <https://doi.org/10.1177/0003603X20912883>. [68]
- Elhauge, E. (2005), « Sacrificing Corporate Profits In The Public Interest », *New York University Law Review*, vol. 80/3, pp. 733-869. [31]
- Elkington, J. (1997), *Cannibals with Forks: the Triple Bottom Line of 21st Century Business*, New Society Publishers. [105]
- Ellison, J. (2020), *A Fair Share: Time for the Carbon Defence?*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3542186>. [104]
- Engelsing F., J. (2019), « Nachhaltigkeit und Wettbewerb », *WUW*, pp. 16-22. [103]
- État de Californie (2019), *California and Major Automakers Reach Groundbreaking Framework Agreement on Clean Emission Standards*, <https://www.gov.ca.gov/2019/07/25/california-and-major-automakers-reach-groundbreaking-framework-agreement-on-clean-emission-standards/>. [51]
- Ezrachi, A. (2017), « Sponge », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 5/1, pp. 49-75. [11]

- Fair Trade Advocacy Office (2019), *EU Competition Law and Sustainability in Food Systems: Addressing the Broken Links*, [45]
http://www.responsibleglobalvaluechains.org/images/PDF/FTAO_-_EU_Competition_Law_and_Sustainability_in_Food_Systems_Addresssing_the_Broken_Links_2019.pdf.
- FTC (2009), *FTC Order Sets Conditions for Panasonic's Acquisition of Sanyo*, [38]
<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/11/ftc-order-sets-conditions-panasonics-acquisition-sanyo> (consulté le 5 October 2020).
- Gallo, A. et al. (2016), « Energy storage in the energy transition context: A technology review », [40]
Renewable and Sustainable Energy Reviews, vol. 65/C., pp. 800-822,
<http://dx.doi.org/10.1016/j.rser.2016.07.028>.
- Gerard, D. (2010), *Article Navigation*, pp. 202-210, <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpq019>. [55]
- Gerbrandy, A. (2020), « The Difficulty of Conversations About Sustainability and European Competition Law », [19]
CPI Antitrust Chronicle, vol. 1/2, p. 65,
<https://www.competitionpolicyinternational.com/the-difficulty-of-conversations-about-sustainability-and-european-competition-law/>.
- Gerbrandy, A. (2020), « The Difficulty of Conversations About Sustainability and European Competition Law », [67]
CPI Antitrust Chronicle, vol. 1/2, p. 65,
<https://www.competitionpolicyinternational.com/the-difficulty-of-conversations-about-sustainability-and-eu>.
- Gutiérrez Rodríguez, J. (2010), « Agricultural Exceptions to Competition Law », [102]
Rev. Derecho Competencia, pp. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2613822,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2613822.
- HCC (2020), *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*, [32]
https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html.
- HCC (2020), *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*, [117]
https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html.
- Holden, E. (2017), « The Imperatives of Sustainable Development », [101]
Sustainable Development,
<http://dx.doi.org/10.1002/sd.1647>.
- Holmes, S. (2020), « Climate Change, sustainability, and competition law », [34]
Journal Antitrust Enforcement, vol. 8/2, pp. 354-405, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>.
- Hovenkamp, H. (2019), *Are Regulatory Agreements to Address Climate Change Anticompetitive?*, [53]
<https://www.theregreview.org/2019/09/11/hovenkamp-are-regulatory-agreements-to-address-climate-change-anticompetitive/>.
- Hussen, A. (2018), *Principles of Environmental Economics and Sustainability*, Taylor & Francis. [100]
- Iacovides, M. et C. Vrettos (2020), *Falling Through the Cracks no More? Article 102 TFEU and Sustainability I – the Nexus Between Dominance, Environmental Degradation, and Social Injustice*. [46]

- Jeffords, C. et J. Gellers (2017), « Constitutionalizing Environmental Rights: A Practical Guide », *Journal of Human Rights Practice*, pp. 136–145. [13]
- JFTC (2005), *Guidelines on Standardisation and Patent Pool Arrangements*, [56]
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/monopoly_guidelines_files/Patent_Pool.pdf
 (consulté le October 2020).
- JFTC (2001), *Guidelines Concerning Joint Activities for Recycling under the Antimonopoly Act*, [124]
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/recycle.pdf (consulté le 5 October 2020).
- Kingston, S. (2019), « Competition Law in an Environmental Crisis », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10/9, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpzo76>. [76]
- Kingston, S. (2012), *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press. [77]
- Kingston, S. (2010), « Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special », *European Law Journal*, pp. 801-804. [99]
- Klein, J. (dir. pub.) (2000), *Business Review Letter by Assistant Attorney General Joel I. Klein*, [72]
<https://www.justice.gov/atr/response-akutan-catcher-vessel-associations-request-business-review-letter> (consulté le 5 October 2020).
- Lianos, I. (2019), *Hunger Games: Connecting the Right to Food and Competition Law*, voir [98]
 SSRN ; <https://ssrn.com/abstract=3414032>.
- Lianos, I. (2018), « Polycentric Competition Law », *Current Legal Problems*, vol. 71/1, pp. 161-213, <https://doi.org/10.1093/clp/cuy008>. [33]
- Lianos, I. (2013), « Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law », [97]
CLES Working Paper Series 3.
- Lianos, I. et D. Katalovsky (2017), « Merger Activity in the Factors of Production Segments of the Food Value Chain: A Critical Assessment of the Bayer/Monsanto merger », *Centre for Law, Economics and Society Policy Paper Series 2017/1*, [43]
<https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-policy-paper-1-2017.pdf>.
- Loozen, E. (2019), « Strict competition enforcement and welfare: A constitutional perspective based on Article 101 TFEU and sustainability », *Common Market Law Review*. [96]
- Lübbig, T. (2013), « Sustainable Development and Competition Policy », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4/1, pp. 1-2, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lps073>. [95]
- Makris, S. et E. Deutscher (à paraître), *What is the role of EU merger control in ensuring sustainability? Innovation output, innovation diversity and the Commission's innovation theory of harm in agrochemical mergers*. [44]
- Marketing Charts (2017), « Consumer Willingness to Pay A Premium for “Green” Products Climbs, Albeit Slowly », *Marketing Charts*, Marketing Charts.com, [36]
<https://www.marketingcharts.com/industries/cpg-and-fmcg-76738> (consulté le 5 October 2020).

- Martinez, F., S. Onderstal et M. Schinkel (2019), *Can Collusion Promote Corporate Social Responsibility? Evidence from the Lab*, [25]
<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/205324/1/19034.pdf>.
- Maximillian, K. (2019), *Ministerial Approval Miba/Zollern: A Green Industrial Policy for Medium-Sized Companies*, [94]
<https://www.d-kart.de/en/blog/2019/08/20/ministererlaubnis-miba-zollern-gruene-industriepolitik-fuer-den-mittelstand/> (consulté le 19 January 2020).
- McKinsey & Company (2012), *How much will consumers pay to go green?*, McKinsey & Company, [37]
<https://www.mckinsey.com/business-functions/sustainability/our-insights/how-much-will-consumers-pay-to-go-green> (consulté le 5 October 2020).
- Ministère de l'économie et de l'énergie (2019), *I B 2 – 20302/14–02*, [63]
https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/V/verfuegung-verwaltungsverfahren-miba-zollern.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (consulté le 17 September 2020).
- Minkinen, P. (2005), « Why is Law a Normative Discipline? on Hans Kelsen's 'Normology' », [10]
Res Publica, vol. 11, pp. 235-249.
- Monti, G. (2020), « Four Options for a Greener Competition Law », [93]
Journal of European Competition Law & Practice, pp. 124-132.
- Monti, G. (2017), « Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives », [65]
European Law Review, vol. vol. 42, n° 5, pp. 635-656.
- Nations Unies (2015b), *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, [6]
<https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>.
- Nijmann, J. et A. Nollkaemper (dir. pub.) (2007), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press. [16]
- North, D. et J. Alt (dir. pub.) (1990), *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, [23]
https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf.
- Nowag, J. (2020), *Beyond Balancing: Sustainability and Competition Law*. [49]
- Nowag, J. (2020), *The Antitrust Car Emissions Investigation in the U.S. – Some Thoughts From the Other Side of the Pond*, pp. 55-61. [91]
- Nowag, J. (2019), *Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview*, [18]
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3484964>.
- Nowag, J. (2017), *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws (2017)*, [92]
 215-224, Oxford University Press.
- Nowag, J. (2016), *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford [47]
 University Press, <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198753803.001.0001>.
- Nowag, J. (2015), « Wouters, when the condemned live longer: A comment on OTOC and CNG », [64]
European Competition Law Review, vol. 36/1, pp. 39-44.
- OCDE (2019), *Sustainable Results in Development: Using the SDGs for Shared Results and Impact*, Éditions OCDE, Paris, [7]
<https://dx.doi.org/10.1787/368cf8b4-en>.
- OCDE (2018), *Competition Policy and Gender*. [127]

- OCDE (2018), *Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)12/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)12/fr/pdf). [118]
- OCDE (2013), *Competition and Poverty Reduction*, <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf>. [128]
- OCDE (2013), *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, OCDE, <https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. [70]
- OCDE (2011), *La durabilité dans les études d'impact : Examen des systèmes d'étude d'impact de quelques pays de l'OCDE et de la Commission européenne*, [https://one.oecd.org/document/SG/SD\(2011\)6/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/SG/SD(2011)6/FINAL/fr/pdf). [123]
- OCDE (2010), *Electricity: Renewables and Smart Grids*, <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46586020.pdf>. [125]
- OCDE (2010), *Horizontal Agreements in the Environmental Context*, <https://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf>. [60]
- OCDE (2003), *The objectives of Competition Law and Policy - Note by the Secretariat*, [https://one.oecd.org/document/CCNM/GF/COMP\(2003\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/CCNM/GF/COMP(2003)3/en/pdf). [116]
- Odudu, O. (2020), « Feeding the nation in times of crisis: the relaxation of competition law in the United Kingdom », *Competition Law Journal*, pp. 68-78, <https://doi.org/10.4337/clj.2020.02.02>. [89]
- Odudu, O. (2001), « Interpreting Article 81(1): Demonstrating Restrictive Effect », *ELRev* vol. 26, n° 3, pp. 273-274. [75]
- OFT (2010), <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>, [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402172423/http://oft.gov.uk/shared_of/ events/Article101\(3\)-summary.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402172423/http://oft.gov.uk/shared_of/ events/Article101(3)-summary.pdf) (consulté le 5 octobre 2020). [132]
- Outhuijse, A. (2019), « Environment and Competition Policy: Trends in European and National Cases », *Concurrences*, Art No 88830. [88]
- Pacheco, P. et al. (2018), « Governing sustainable palm oil supply: Disconnects, complementarities, and antagonisms between state regulations and private standards », *Regulation & Governance*, vol. 14/3, pp. 568-598, <https://doi.org/10.1111/rego.12220>. [22]
- Paul, B. (2008), *A History of the Concept of Sustainable Development: Literature Review*, pp. 576-580, https://www.researchgate.net/publication/242219096_A_history_of_the_concept_of_sustainable_development_Literature_review. [87]
- Peeperkorn, L. (2020), « Competition and sustainability: What can competition policy do », *Concurrences* 4. [9]
- Petrosyan, G. (2019), *DOJ's Probe into Four Automakers: Impartial Investigation or Politicization of Antitrust?*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/dojs-probe-into-four-automakers-impartial-investigation-or-politicization-of-antitrust/>. [52]

- Piscitelli, G. (2018/19), « The Sustainability Dilemma in Competition Law », vol. 8/1, [86]
<https://ecdpm.org/great-insights/civil-society-business-same-direction/sustainability-dilemma-competition-law/>.
- Portney, K. (2015), *Sustainability*, MIT Press. [5]
- Purvis, B., Y. Mao et D. Robinson (2018), « Three pillars of sustainability: in search of conceptual origins », *Sustainability Science*, vol. 14, pp. 681-695, <http://dx.doi.org/10.1007/s11625-018-0627-5>. [4]
- Rajão, R. (2020), *The rotten apples of Brazil's agribusiness*, pp. 246-248. [85]
- Reich, A. (2007), « The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation », *Texas International Law Journal*, vol. 42/843, <https://ssrn.com/abstract=944389>. [50]
- Reinhardt, F., R. Stavins et R. Vietor (2008), « Corporate Social Responsibility Through an Economic Lens », *Review of Environmental Economics and Policy*, vol. 2/2, pp. 219-239. [30]
- Roberts, S. (2004), « The role for competition policy in economic development: the South African experience », *Development Southern Africa*, vol. 21/1, pp. 227-243, <http://dx.doi.org/10.1080/0376835042000181499>. [48]
- Sachs, J. (2012), « From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals », *The Lancet* 379, <https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736%2812%2960685-0/fulltext>. [84]
- Sanden, M. (2019), « Competition law and sustainability initiatives: Dutch bill provides more leeway », *Kluwer competition Law Blog*, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/09/23/competition-law-and-sustainability-initiatives-dutch-bill-provides-more-leeway/> (consulté le 5 octobre 2020). [133]
- Schinkel, M. et Y. Spiegel (2017), « Can collusion promote sustainable consumption and production? », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 53, pp. 371-398, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2704259>. [20]
- Schinkel, M. et L. Toth (2019), *Compensatory Public Good Provision by a Private Cartel*, <https://ideas.repec.org/p/tin/wpaper/20190086.html>. [26]
- Scott, I. (2016), « Antitrust and Socially Responsible Collaboration: A Chilling Combination? », *American Business Law Journal*, vol. 53/1, <https://ssrn.com/abstract=2851226>. [83]
- Shapiro, C. (2002), *Competition Policy and Innovation*, Éditions OCDE, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/oecd.pdf>. [71]
- Sjåfjell, B. et A. Wiesbrock (dir. pub.) (2015), *The Sky Is the Limit: On the Drafting of Article 11 TFEU's Integration Obligation and its Intended Reach*, Routledge, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2535273. [14]
- Soini, K. et J. Dessen (2016), « Culture-Sustainability Relation: Towards a Conceptual Framework », *Sustainability*, vol. 8/167, <https://www.mdpi.com/2071-1050/8/2/167/pdf-vor>. [2]

- Stavins, R. (dir. pub.) (1991), *Sustainability: an economist's perspective*, [3]
<http://cda.morris.umn.edu/~kildegac/Courses/Enviro/3008/Readings/Solow.pdf>.
- Stucke, M. (2020), *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, Harper Business, [82]
<http://www.harperbusiness.com/book/9780062892836/Competition-Overdose-Maurice-E.-Stucke-and-Ariel-Ezrachi/>.
- Townley, C. (2011), « Inter-generational Impacts in Competition Analysis: Remembering Those Not Yet Born », *European Competition Law Review* 11, pp. 580-590, [74]
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1894816>.
- Townley, C. (2009), *Article 81 EC and Public Policy*, Hart Publishing, [81]
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358651.
- Treuren, L. et M. Schinkel (2018), « Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production? Not Beneficially Beyond Duopoly », *Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-02*, Amsterdam Center for Law and Economics, <https://ssrn.com/abstract=3132323>. [24]
- UE (2008), *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, [120]
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=FR).
- UE (2004), *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*. [122]
- UE (2004), *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=FR). [121]
- US DoJ, F. (2010), *Horizontal Merger Guidelines*, [80]
<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>.
- Volpin, C. (2020), « Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves) », *CPI Antitrust Chronicle*, pp. 9-18. [27]
- Waldman, C. (2010), « Antitrust Issues in Clean Technology », *The Antitrust Source* avril 2010. [79]
- Wardhaugh, B. (2014), « Crisis Cartels: Non-economic Values, the Public Interest and Institutional Considerations », *European Competition Journal*, vol. 10/2, pp. 311-340, [69]
<https://doi.org/10.5235/17441056.10.2.311>.
- WCED (1987), *Notre avenir à tous. Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement*, Oxford University Press, [1]
<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>.
- Wiesbrock, B. (dir. pub.) (2015), *The Sky Is the Limit: On the Drafting of Article 11 TFEU's Integration Obligation and its Intended Reach*, Routledge, [90]
<https://ssrn.com/abstract=2535273>.
- Zimmer, D. (dir. pub.) (2012), *The Goals of Competition Law*, Edward Elgar. [78]

Notes de fin

¹ Dans le présent rapport, l'expression « droit de la concurrence » désigne les interdictions frappant les comportements collusoires et unilatéraux anticoncurrentiels ainsi que les fusions anticoncurrentielles.

² Décision de la Commission européenne du 13 avril 2011, affaire 39579 – Détergents domestiques.

³ Ou pourraient même activement chercher à intégrer la durabilité dans leur appréciation, voir, par exemple (HCC, 2020_[32]) ou (ACM, 2020_[61]).

⁴ Les travaux déterminants de (Portney, 2015_[5]) en font également un emploi similaire. Il est cependant admis que l'utilisation de ces termes en tant que synonymes pourrait ne pas être d'un grand secours pour limiter leur définition conceptuelle. Il arrive même que certains fassent valoir qu'une telle utilisation peut entraver la création de cadres théoriques, voire la mise en œuvre concrète de ces concepts ; voir (Soini et Dessein, 2016_[2]). Bien que cela puisse être déroutant dans un premier temps, le présent rapport suit néanmoins l'utilisation qui est couramment faite du terme durabilité.

⁵ Il provient notamment de l'équilibre thermodynamique, et correspond à un équilibre permanent.

⁶ Les principes fondateurs du développement durable reposent sur les sciences naturelles, et notamment sur des études concernant l'économie, l'écologie et les sciences de la conservation. Les prémices de ce concept semblent se faire jour en 1798. Puis l'économiste Thomas Malthus a, le premier, édifié la théorie selon laquelle la population, si sa croissance se poursuivait au même rythme, épuiserait rapidement toutes les ressources de la terre nécessaires à la vie humaine ; voir (Paul, 2008_[87]) (Portney, 2015_[5]) (Purvis, Mao et Robinson, 2018_[4]).

⁷ L'Assemblée générale des Nations Unies a mis en place la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) en 1987 afin de proposer un « programme global de changement » pouvant traiter de questions relevant du développement économique, environnemental et social. La CMED a publié par la suite « Notre avenir à tous », également connu sous le nom de Rapport Brundtland, d'après la présidente de la Commission.

⁸ La guerre et la pauvreté peuvent, par exemple, avoir des conséquences désastreuses pour les citoyens, et produire ensuite des effets négatifs différents sur leur environnement naturel et les institutions sociales.

⁹ Voir la Conférence des Nations Unies de 1992 sur l'environnement et le développement, dite Sommet de Rio, qui a adopté l'« Agenda 21 », [https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/CONF.151/26/Rev.1\(vol.I\)](https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I)).

¹⁰ La culture est parfois considérée comme une quatrième composante de la durabilité. Créer un nouveau cadre intégrant la culture permet de donner plus de poids au cadre existant fondé sur trois piliers. Selon (Soini et Dessein, 2016_[2]), la culture est utile car elle permet : 1. de définir des objectifs de préservation du capital culturel (l'art, le patrimoine, la connaissance, la diversité, par exemple), 2. d'arbitrer entre les initiatives de durabilité économique, sociale et écologique tout en protégeant la culture matérielle et immatérielle, 3. et de définir le développement comme un processus culturel, dans lequel tous les piliers sont façonnés par la culture dans laquelle ils se manifestent.

¹¹ Le système crée en effet un « équilibre des arbitrages » entre la croissance économique, la protection de l'environnement et l'équité sociale (Purvis, Mao et Robinson, 2018_[4]).

¹² Avant l'Agenda 2030, tous les États membres de l'ONU se sont engagés à mettre en œuvre les Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD). Si les OMD semblent avoir été porteurs d'importants progrès, certains ont fait valoir qu'ils concernaient pour l'essentiel des améliorations sociales dans les pays en développement, limitant ainsi la participation des pays plus riches à l'octroi d'une aide financière et d'une assistance technologique (Sachs, 2012_[84]).

¹³ À ce titre, les ODD ne sont pas exempts de critiques. Selon certains, ils n'accordent pas assez d'importance à la dimension « équité sociale » de la durabilité et ne répondent pas aux besoins urgents des plus marginalisés et ils ne rendent pas dûment compte de la nécessité de respecter les limites de l'environnement et des inconvénients de la croissance économique ; voir (Holden, 2017_[101]).

¹⁴ ODD 2.a Accroître, notamment grâce au renforcement de la coopération internationale, l'investissement dans l'infrastructure rurale, les services de recherche et de vulgarisation agricoles et la mise au point de technologies et de banques de plantes et de gènes d'animaux d'élevage, afin de renforcer les capacités productives agricoles des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés.

¹⁵ ODD 2.b Corriger et prévenir les restrictions et distorsions entravant le fonctionnement des marchés agricoles mondiaux, y compris par l'élimination parallèle de toutes les formes de subventions aux exportations agricoles et de toutes les mesures à l'exportation ayant un effet équivalent, conformément au mandat du Cycle de négociations de Doha pour le développement.

¹⁶ ODD 9.2 Promouvoir une industrialisation durable qui profite à tous et, d'ici à 2030, augmenter nettement la contribution de l'industrie à l'emploi et au produit intérieur brut, en fonction du contexte national, et la multiplier par deux dans les pays les moins avancés.

¹⁷ ODD 8.10 Renforcer la capacité des institutions financières nationales de favoriser et généraliser l'accès de tous aux services bancaires et financiers et aux services d'assurance.

¹⁸ En d'autres termes, les entreprises et les secteurs fournissant des services qui améliorent l'environnement et les emplois qui appuient les activités de ces entreprises.

¹⁹ Sous la pression croissante de leurs investisseurs, notamment.

²⁰ Pour ce qui est du triple résultat, voir en particulier (Elkington, 1997_[105]).

²¹ Pour le Forum économique mondial (FEM), le *World Business Council for Sustainable Development*, ou Ceres.

²² En particulier les deuxièmes et troisièmes.

²³ Tel pourrait être le cas lorsque les mesures en faveur du bien-être animal conduisent à une réduction de la dégradation de l'environnement ou contribuent au développement économique des populations pauvres et marginalisées.

²⁴ Voir, par exemple, (Loozen, 2019_[96]).

²⁵ Sur ce point, voir la section 4.

²⁶ On trouvera une analyse du droit en tant que discipline normative dans (Minkkinen, 2005_[10]).

²⁷ À propos de ce débat, voir, par exemple, (OCDE, 2003_[116]), (Zimmer, 2012_[78]), (Lianos, 2013_[97]), (Andriychuk, 2019_[113]).

²⁸ Comme l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal ou la Suède.

²⁹ Italiques ajoutés.

³⁰ Article 73 de la Constitution suisse : « La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain ». Voir également les articles 74, 89 et 104 : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>.

³¹ Article 58 de la Constitution russe : « Chacun est tenu de protéger la nature et l'environnement, de ménager les ressources naturelles ». Voir également les articles 36 et 72 : <http://www.constitution.ru/fr/index.htm>.

³² Article 4, voir également les articles 2, 25 et 73 de la Constitution. <https://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/en/vigente>.

³³ La Turquie, par exemple, contient une telle référence dans sa Constitution, mais dans le même temps, elle n'a pas ratifié l'Accord de Paris.

³⁴ Au sujet de la distinction moniste/dualiste et de ses conséquences dans les régimes juridiques nationaux, voir, par exemple, (Charlesworth et al., 2005_[15]); (Nijmann et Nollkaemper, 2007_[16]) et (Crawford, 2019_[17]).

³⁵ Décision de la Cour suprême néerlandaise du 20 décembre 2019 dans l'affaire *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2006 (en anglais : ECLI:NL:HR:2019:2007).

³⁶ Tout comme les obligations de garantir une procédure régulière ou de respecter la séparation des pouvoirs n'en font pas des objectifs du droit de la concurrence.

³⁷ Voir ci-dessous (section 4.2).

³⁸ À cet égard, voir en particulier (OCDE, 2011_[123])

³⁹ À propos de l'idée que la concurrence conduit à des résultats imparfaits, voir (Stucke, 2020_[82]).

⁴⁰ On trouvera un bon aperçu du débat Schumpeter-Arrow et des questions relatives aux conditions de marché propres au secteur pharmaceutique dans (Carrier, 2008_[110]) « *Two Puzzles Resolved* ».

⁴¹ En d'autres termes, il semblerait surprenant de constater que les maximisateurs de profit rationnels seraient incités à promouvoir la durabilité lorsqu'ils n'en bénéficient pas directement.

⁴² Voir, par exemple, la lettre de *Larry Fink*, patron de *BlackRock* : « *A Fundamental Reshaping of Finance* » (2018), disponible à l'adresse suivante : <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>.

⁴³ Voir, par exemple, (Carson, 2012_[108]) et (Carson, 2011_[107]).

⁴⁴ Cette affaire de bien-être animal ne relève pas des préoccupations traditionnelles en matière de durabilité. Comme on l'a vu, la durabilité a davantage trait à la protection de l'environnement et au développement social et économique.

⁴⁵ Voir l'ACM, « *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'* » (2014) ACM/DM/2014/206028, disponible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf.

⁴⁶ On trouvera une description en néerlandais dans Machiel Mulder, Sigourney Zomer, Tim Benning et Jorna Leenheer, « Economische effecten van "Kip van Morgen" » (2014), disponible à l'adresse suivante : <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13759/Onderzoek-ACM-naar-de-economische-effecten-van-de-Kip-van-Morgen>, consulté le 5 octobre 2020. Pour un résumé en anglais, voir Jan Peter van der Veer, post de blog (18 février 2015), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/>, consulté le 5 octobre 2020.

⁴⁷ On trouvera une critique de cette méthodologie dans (Monti, 2017_[65]) ; concernant l'utilisation de la théorie des préférences observées, voir (Lianos, 2018_[33]).

⁴⁸ Cette distinction est développée dans (Nowag, 2016_[47]).

⁴⁹ Cette description est approuvée, mais pas totalement adaptée. La différence est que l'une se concentre sur les résultats, l'autre sur les moyens. Par exemple, la métaphore du bouclier ne fonctionne pas pour les nombreuses affaires dans lesquelles les dispositions du droit de la concurrence ne s'appliquent pas aux mesures en faveur de la durabilité (en ce qui concerne ces affaires, voir ci-dessous la section 4.2.2.1.).

⁵⁰ S'agissant des interventions relevant du droit de la concurrence dans le domaine des technologies propres, voir, par exemple, (Waldman, 2010_[79]).

⁵¹ D'autres exemples sont cités dans (Outhuijse, 2019_[88])

⁵² On trouvera une analyse plus détaillée dans (Carrier, 2011_[109]).

⁵³ Au sujet de la pertinence et de l'importance de la politique de la concurrence dans la transition énergétique et les économies renouvelables en général, voir (OCDE, 2010_[125]).

⁵⁴ En ce qui concerne, par exemple, les brevets relatifs aux technologies du changement climatique, voir (Carrier, 2011_[109]) ; on trouvera également des exemples dans (Kingston, 2012_[77]).

⁵⁵ Ces systèmes réduisent les émissions nocives d'oxydes d'azote (NOx) par injection d'urée (également appelée « AdBlue ») dans le flux de gaz d'échappement.

⁵⁶ Ces filtres réduisent les émissions de particules nocives des gaz d'échappement.

⁵⁷ Plus précisément, la Commission estime que les entreprises ont coordonné leurs stratégies en matière de dosage d'AdBlue, de taille du réservoir et d'intervalles de remplissage, afin de limiter la consommation d'AdBlue et son efficacité sur le plan de la réduction de la pollution due aux gaz d'échappement. Concernant les filtres Otto, la Commission considère qu'elles se sont coordonnées pour éviter ou retarder l'introduction de cette technologie et lever ainsi les incertitudes quant à leur futur comportement sur le marché.

⁵⁸ Ministère américain de la Justice et FTC, *Horizontal Merger Guidelines* (US DoJ, 2010_[80]) (2010), p. 2 ; Lignes directrices de l'UE sur les concentrations horizontales (UE, 2004_[121]), JO C31/5, paragraphes 8, 20, 38 et 81 ; Lignes directrices de l'UE sur les concentrations non horizontales (UE, 2008_[120]), JO C 265/7, paragraphes 10 et 26.

⁵⁹ Affaire M.8084 - *Bayer/Monsanto*, C/2018/1709 [2018], JO C 459/10.

⁶⁰ Voir l'affaire M.8084 - *Bayer/Monsanto*, C/2018/1709 [2018], JO C 459/10, paragraphe

⁶¹ Voir, par exemple, OCDE, *Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques - Note de référence du Secrétariat*, (OCDE, 2018_[118]).

⁶² Voir en particulier le rapport de l'OCDE sur la pauvreté et la concurrence (OCDE, 2013_[128]).

⁶³ Voir, par exemple, le rapport de l'OCDE sur les accords horizontaux et l'environnement (OCDE, 2010_[60])

⁶⁴ Voir, par exemple, l'article 2 de la Loi japonaise sur la concurrence : « Le terme « entreprise », tel qu'il est utilisé dans la présente Loi, désigne une personne qui exerce une activité commerciale, industrielle, financière ou autre. Tout responsable, salarié, agent ou autre individu agissant dans l'intérêt d'une entreprise est réputé être une entreprise ». Disponible à l'adresse suivante : https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama15_01.html.

⁶⁵ À titre d'exemple, l'UE définit une entreprise comme toute entité exerçant une activité économique ; voir affaire C-41/90, *Höfner et Elser contre Macrotron*, EU:C:1991:161, paragraphe 21 ; affaire C-280/06, *ETI et autres*, EU:C:2007:775, paragraphe 38 ; affaire C-350/07, *Kattner Stahlbau*, EU:C:2009:127, paragraphe 34.

⁶⁶ Voir, par exemple, l'article 2(1),(2) de la Loi japonaise concernant l'interdiction des monopoles privés et le maintien d'une concurrence loyale, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama15_01.html.

⁶⁷ Comme dans le cas de la Loi australienne sur la concurrence et la protection des consommateurs de 2010, qui s'y limite pour des raisons constitutionnelles, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00369>.

⁶⁸ Affaire T- 347/ 09, *Allemagne contre Commission*, EU:T:2013:418.

⁶⁹ En l'occurrence, des dispositions sur la concurrence relatives aux aides/subventions d'État.

⁷⁰ On trouvera un aperçu de la situation dans l'UE dans (Cseres, 2020_[106]).

⁷¹ Pour une analyse comparative de l'UE, des États-Unis, du Royaume-Uni et d'Israël, voir (Reich, 2 007_[50]) et pour une comparaison encore plus vaste englobant le Canada, l'Argentine, le Brésil, la Colombie et le Mexique, voir (Gutiérrez Rodríguez, 2010_[102]).

⁷² La proposition de loi néerlandaise visant à promouvoir la collaboration entre les entreprises afin de poursuivre des objectifs de durabilité en les soustrayant à l'application du droit de la concurrence est disponible à l'adresse suivante : <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/35247> (consulté le 5 octobre 2020). Un aperçu en est donné dans (Sanden, 2019_[133])

⁷³ Voir, par exemple, les Lignes directrices de l'UE sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale [2011], JO C11/01, paragraphes 257 et 263.

⁷⁴ *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* 108 S. Ct. 1931, 1934 (1988), page 486, U.S. 501, voir également *American Soc'y of Mech. Eng'rs v. Hydrolevel*, 456, U.S. 556 (1982), 456, U.S. 570-573.

⁷⁵ Il convient de noter que l'approche américaine repose sur une conception des normes fondée sur la règle de raison ; voir ibidem. Néanmoins, même lorsque certaines conditions sont remplies, la probabilité que la norme soit remise en question ou jugée anticoncurrentielle est extrêmement faible.

⁷⁶ On trouvera un aperçu des conditions de l'UE dans (Nowag, 2020_[49]), paragraphes 15 à 25.

⁷⁷ Concernant ces risques et avantages, voir, par exemple, le rapport commun des Autorités nordiques de la concurrence intitulé « Competition Policy and Green Growth - Interactions and challenges » (n° 1/2010), disponible à l'adresse suivante : https://en.samkeppni.is/media/skyrslur-2010/competition_policy_and_green_growth_final_version.pdf, pages 58 à 62.

⁷⁸ Voir, par exemple, les Lignes directrices de l'UE sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale [2011], JO C11/01, paragraphe 280.

⁷⁹ Lancé en janvier 2008 par le *World Business Council for Sustainable Development* et un certain nombre d'entreprises comme IBM, Nokia, Pitney Bowes ou Sony.

⁸⁰ Voir, également, (Townley, 2009_[81]), qui distingue la « simple mise en balance » et la « mise en balance en fonction du marché ». L'OFT britannique a également proposé de faire la distinction entre préoccupations économiques et non économiques, ainsi qu'entre les avantages économiques directs et indirects ; voir la contribution de l'OFT au rapport de l'OCDE de 2010 sur l'environnement et la concurrence dans (OCDE, 2010_[60]).

⁸¹ On trouvera un bon aperçu de ces clauses dans les pays en développement dans (Capobianco et Nagy, 2016_[111]),

⁸² Ce point est analysé dans (Odudu, 2020_[89]), « Feeding the nation in times of crisis: the relaxation of competition law in the United Kingdom ».

⁸³ On trouvera une analyse de ce point en anglais dans (Maximillian, 2019_[94]), « Ministerial Approval Miba/Zollern: A Green Industrial Policy For Medium-Sized Companies ».

⁸⁴ Pour de plus amples informations sur ce concept et la différence par rapport à une analyse fondée sur la règle de raison, voir (Nowag, 2017_[92]).

⁸⁵ Affaire C-309/99, *Wouters et autres*, EU:C:2002:98.

⁸⁶ On trouvera un aperçu dans (Nowag, 2015_[64]).

⁸⁷ Affaire C- 209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, EU:C:2000:279.

⁸⁸ Et entre les avantages économiques directs (gains d'efficacité sur les coûts et qualitatifs réalisés par les utilisateurs du produit en question) et indirects (gains d'efficacité sur les coûts et qualitatifs réalisés sur d'autres marchés), voir (OFT, 2010_[132]), « Article 101(3) – A Discussion of Narrow versus Broad Definition of Benefits ».

⁸⁹ Voir aussi, par exemple, (Brook, 2019_[112]) : 121 ; (Piscitelli, 2018/19_[86]).

⁹⁰ On trouvera une analyse critique de cette distinction dans (Holmes, 2020_[34]) : pages 371 à 383.

⁹¹ On notera que dans ce contexte, « incontesté » ne signifie pas que les résultats de l'analyse ou la méthodologie pratique sont incontestés, mais plutôt que le fait d'évaluer les améliorations de la qualité dans le cadre d'une analyse traditionnelle du droit de la concurrence ne prête pas à controverse. On trouvera, par exemple, dans (Monti, 2017_[65]) une analyse critique de la méthodologie au regard de l'évaluation de la qualité réalisée par l'ACM néerlandaise dans l'affaire du poulet de demain.

⁹² Affaire du poulet de demain ; voir (ACM, s.d._[130]).

⁹³ Selon la définition la plus couramment admise de la durabilité, le bien-être animal ne fait pas partie de la durabilité, même si les conséquences pour l'environnement qui pourraient découler, par exemple, de la diminution de la production d'animaux en série pourrait bien en faire partie.

⁹⁴ Sur la disposition des consommateurs à payer la durabilité, voir, par exemple, les études de GFK, « Consumer Willingness to Pay A Premium for “Green” Products Climbs, Albeit Slowly » (24 avril 2017), disponible à l'adresse suivante : <https://www.marketingcharts.com/industries/cpg-and-fmcg-76738> (consulté le 5 octobre 2020) et McKinsey & Company, « How much will consumers pay to go green? » (1^{er} octobre 2012), disponible à l'adresse suivante : <https://www.mckinsey.com/business-functions/sustainability/our-insights/how-much-will-consumers-pay-to-go-green> (consulté le 5 octobre 2020).

⁹⁵ Voir, par exemple, (UE, 2004_[122]), Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité [2004], JO C 101/97, paragraphe 88 ; (ACM, 2013_[119]) « ACM Position Paper Competition & Sustainability ».

⁹⁶ *Informele zienswijze Managementplan MSC Garnalenvisserij* [2011] 7011/23.B27 (pêcheries de crevettes MSC).

⁹⁷ Voir (ACM, 2020_[61]).

⁹⁸ Ibidem, paragraphe 50.

⁹⁹ (HCC, 2020_[32]), paragraphe 25.

¹⁰⁰ (HCC, 2020_[32]), paragraphe 111.

¹⁰¹ Pour plus de détails sur la jurisprudence de l'UE à cet égard, voir, par exemple, (Nowag, 2017_[92]), 234 à 236.

¹⁰² *Ohio v. American Express Co.* 138 S. Ct. 2274 ; 201 L. Ed. 2d 678.

¹⁰³ Affaire C-382/12 P, *MasterCard et autres contre Commission*, EU:C:2014:2201, paragraphe 240.

¹⁰⁴ Affaire T- 86/95, *Compagnie Générale Maritime*, EU:T:2002:50, paragraphe 343.

¹⁰⁵ Affaire C- 238/05, *ASNEF- EQUIFAX*, EU:C:2006:734, paragraphe 70, italiques ajoutés.

¹⁰⁶ (Lianos, 2019_[98]).

¹⁰⁷ (ACM, 2020_[61]), paragraphes 39 à 44.

¹⁰⁸ Ibidem, paragraphes 40 et 41.

¹⁰⁹ Dans tous les cas, la distinction entre les avantages liés à la durabilité et ceux qui ont trait à l'innovation semble parfois, elle aussi, relativement difficile à établir, comme dans le cas de l'innovation verte, par exemple.

¹¹⁰ En ce sens, voir aussi (Lianos, 2018_[33]) ; (HCC, 2020_[32]), paragraphe 75.

¹¹¹ Cette norme peut être différente même si le même cadre juridique est appliqué comme on l'a vu, par exemple, pour ce qui est de l'application de l'article 101 (3) du TFUE par les autorités nationales de la concurrence dans l'UE ; voir (Brook, 2019_[112]).

¹¹² Il importe de souligner ici qu'une telle approche suggère d'utiliser des méthodes économiques, ce qui la distingue de celle de la mise en balance abstraite analysée précédemment (paragraphes 67 à 71).

¹¹³ Concernant l'obligation faite par l'UE de l'intégrer en vertu de l'article 11 du TFUE ainsi que sa rédaction et sa mise au point, voir (Nowag, 2015_[90]), « The Sky Is the Limit ».

¹¹⁴ Voir (Ellison, 2020_[104]), en particulier 8 et 9.

¹¹⁵ En utilisant des données existantes sur les choix individuels.

¹¹⁶ Dans une telle approche, la valeur des animaux sauvages et les objets inutilisés peut correspondre à 1) une valeur d'existence – valeur inhérente à une espèce ou à une réserve naturelle, 2) une valeur d'option – valeur fondée sur le fait qu'ils pourraient être utilisés plus tard, 3) une valeur de legs – s'ils sont préservés pour les autres. Ces valeurs peuvent être mesurées à l'aide de la méthode d'évaluation contingente (c'est-à-dire en déterminant quelle somme les consommateurs sont disposés à payer pour ces valeurs) ou d'une analyse conjointe (les consommateurs étant alors priés de classer les alternatives souhaitables) ; pour plus de détails, voir (Hussen, 2018_[100]), chapitres 7 et 8.

¹¹⁷ Voir (Monti, 2020^[93]), « Four Options for a Greener Competition Law » ; (Kingston, 2010^[99]).

¹¹⁸ Il convient d'appréhender ces questions normatives et d'y répondre dans le contexte juridique applicable, et il n'est pas possible d'y répondre dans l'abstrait ; voir la section 3 ci-dessus.

¹¹⁹ Dans sa décision sur le CECEDE (Décision de la Commission (affaire IV.F.1/36.718 – CECEDE) 2000/475/CE [2000], JO L187/47), la Commission européenne les a qualifiés d'« avantages environnementaux collectifs » et les a calculés en termes économiques en octroyant une valeur monétaire aux économies de CO₂, de dioxyde de soufre et d'oxyde d'azote.

¹²⁰ Voir (ACM, 2013^[114]), « Notitie ACM over sluiting 5 kolencentrales in SER Energieakkoord » (26-09-2013), disponible à l'adresse suivante : <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord> (consulté le 5 octobre 2020).

¹²¹ Voir (ACM, 2020^[61]), paragraphe 50 et suivants.

¹²² Voir (Monti, 2020^[93]), « Four Options for a Greener Competition Law » et (Nowag, 2017^[92]) : pages 236 et 238.

¹²³ On emploie ici l'expression « aspects liés aux processus » de préférence à celle des « règles de procédure ». La définition des questions procédurales et des questions de fond dépend des règles du pays concerné.

¹²⁴ Voir ci-dessus la section 4.2.

¹²⁵ Voir, par exemple, au sujet de l'inégalité entre les sexes (OCDE, 2018^[127]) « Competition Policy and Gender » (consulté le 5 octobre 2020). Le rapport insiste sur le rôle décisif de l'établissement des priorités et explique de quelle manière les autorités de la concurrence peuvent contribuer à la lutte contre l'inégalité entre les sexes en mettant l'accent sur les marchés qui sont particulièrement critiques pour les femmes. De même, une telle priorisation pourrait faciliter la lutte contre la pauvreté ; sur ce point, voir (OCDE, 2013^[128]) « Competition and Poverty Reduction » (consulté le 5 octobre 2020).

¹²⁶ (CMA, 2020^[126]) « Corporate report – Annual Plan 2020 to 2021 » (19 mars 2020), disponible à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authority-annual-plan-2020-to-2021/annual-plan-2020-to-2021> (consulté le 5 octobre 2020).

¹²⁷ Voir (Autorité de la concurrence, 2020^[131]) (consulté le 5 octobre 2020).

¹²⁸ Voir (OCDE, 2013^[128]) « Competition and Poverty Reduction ».

¹²⁹ (Fair Trade Advocacy Office, 2019^[45]), « EU Competition Law and Sustainability in Food Systems: Addressing the Broken Links », page 32 ; (Lübbig, 2013^[95]), « Sustainable Development and Competition Policy », (Scott, 2016^[83]), « Antitrust and Socially Responsible Collaboration: A Chilling Combination? »

¹³⁰ (ACM, 2016^[129]) « ACM sets basic principles for oversight of sustainability arrangements » (consulté le 5 octobre 2020).

¹³¹ (ACM, 2014^[115]) « Vision document on Competition and Sustainability » (consulté le 5 octobre 2020).

¹³² (JFTC, 2001^[124]) « Guidelines Concerning Joint Activities for Recycling under the Antimonopoly Act » (26 juin 2001, et modifié en dernier lieu le 1^{er} janvier 2010, consulté le 5 octobre 2020).

¹³³ Comme indiqué dans (OCDE, 2010^[60]), « Horizontal Agreements in the Environmental Context » (consulté le 5 octobre 2020), pages 70 à 72.

¹³⁴ Voir (Engelsing F., 2019, pp. 16-22^[103])

¹³⁵ Parce qu'il se conforme aux règles liées aux régimes de protection applicables aux normes, voir précédemment la section 4.2.2.

¹³⁶ L'autorité a analysé l'évolution du marché et il en est ressorti qu'un accès et une participation non discriminatoires étaient possibles et qu'il n'y aurait pas d'échanges d'informations sensibles.

¹³⁷ Document adressé par Joel I. Klein, Procureur général adjoint, ministère américain de la Justice, Division de la concurrence, à Kenneth A. Letzler et Richard M. Lucas (7 avril 2000), disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/4513.pdf>

¹³⁸ Jusqu'à 0.5 % du prix de vente final pour les chaussures et les vêtements fabriqués à l'étranger et jusqu'à 3 % pour les biens produits aux États-Unis.

¹³⁹ (Monti, 2020^[93]) « Four Options for a Greener Competition Law », 131.

¹⁴⁰ Voir, par exemple, (Ellison, 2020^[104]).

¹⁴¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1/1 [2003].

¹⁴² Voir (ACCC, 2020_[62]) « Determination – Application for authorisation AA1000476 lodged by Battery Stewardship Council in respect of the Battery Stewardship Scheme Authorisation number: AA1000476 » (5 octobre 2020), disponible à l'adresse suivante : <https://www.accc.gov.au/public-registers/authorisations-and-notifications-registers/authorisations-register/battery-stewardship-council> (consulté le 5 octobre 2020)

¹⁴³ Avec l'AMF, le CSA, l'Arcep, la CNIL, la Hadopi, l'ART, la CRE et l'ARJEL, voir le communiqué de presse (19 décembre 2019) « Les autorités publiques et administratives indépendantes développent leur collaboration vis-à-vis des défis posés par le réchauffement climatique », disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/independent-public-and-administrative-authorities-develop-their-collaboration> (consulté le 5 octobre 2020).

¹⁴⁴ (ACM, 2020_[61]) : paragraphe 61.

¹⁴⁵ (Monti, 2020_[93]) « Four Options for a Greener Competition Law ».

¹⁴⁶ L'autorité indonésienne de la concurrence, la KPPU, a menacé de sanctionner les négociants d'huile de palme ayant décidé de ne pas acheter ce produit aux exploitants qui se livrent à la déforestation illicite, cédant ainsi aux pressions politiques après avoir approuvé cette initiative dans un premier temps. Voir <https://www.straitstimes.com/world/jakarta-wants-oil-majors-to-ditch-zero-deforestation-pact>.

¹⁴⁷ Reuters, « Europe says Brazil's move to end soy moratorium threatens \$5-billion market » (25 novembre 2019) <https://www.reuters.com/article/us-brazil-soybeans-environment/europe-says-brazils-move-to-end-soy-moratorium-threatens-5-billion-market-idUSKBNIXZ1CV> (consulté le 5 octobre 2020).

¹⁴⁸ EU Observer (23 Aug 2019) « EU to discuss Brazil beef ban over Amazon fires », disponible à l'adresse suivante : <https://euobserver.com/environment/145723> (consulté le 5 octobre 2020).

¹⁴⁹ (Rajão, 2020_[85]).

¹⁵⁰ BBC, « US bans Malaysian palm oil producer over forced labour » (1^{er} octobre 2020) <https://www.bbc.co.uk/news/business-54366607> (consulté le 5 octobre 2020).

¹⁵¹ Concernant les constructeurs automobiles qui s'engagent à aller au-delà des normes d'émissions imposées par la loi aux États-Unis et dans l'UE, voir (Nowag, 2020_[91]), « The antitrust car Emissions investigation in the U.S. – Some thoughts from the other side of the pond », (Hovenkamp, 2019_[53]) « Are agreements to Address Climate Change Anticompetitive? ». Disponible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3451931 (consulté le 5 octobre 2020).