

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

**Annule & remplace le même document du 21 décembre 2021**

**Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence –  
Évaluation juridique**

**Note de référence du Secrétariat**

1<sup>er</sup> décembre 2021

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de document de travail à l'appui de la 136<sup>e</sup> réunion du Comité de la concurrence qui aura lieu du 1<sup>er</sup> au 3 décembre 2021.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document 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 :  
<https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>.

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco.  
[Courriel : [Antonio.Capobianco@oecd.org](mailto:Antonio.Capobianco@oecd.org)]

**JT03487863**

# Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence – Évaluation juridique

---

Le changement climatique est l'un des enjeux les plus importants de notre époque. Face à l'urgence de la situation et compte tenu de la pression exercée sur les pouvoirs publics, la question du changement climatique évolue rapidement d'une approche purement politique pour faire aujourd'hui l'objet de débats concrets en termes de choix stratégiques et de possibilités de mise en œuvre pratique.

Le présent document de référence aborde le rôle de la politique de la concurrence et de son application dans le soutien et la promotion de pratiques commerciales durables et favorables à la concurrence. Il propose en outre une analyse des approches pratiques que peuvent adopter les autorités de la concurrence pour introduire une dimension environnementale dans l'évaluation des affaires qu'elles instruisent.

S'appuyant sur les expériences passées dans les domaines des ententes, des accords de coopération, des abus de position dominante et du contrôle des fusions, ce document examine la manière dont les autorités de la concurrence peuvent tenir compte des retombées environnementales (qu'elles soient économiques ou non) dans leurs évaluations d'impact sur la concurrence du point de vue juridique et économique. Ce document identifie également les difficultés inhérentes aux cadres juridiques et économiques actuels, et met en avant les pratiques recommandées pour surmonter ces obstacles.

---

# Table des matières

Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence – Évaluation juridique	2
Introduction	7
<b>1. Relation entre durabilité et droit de la concurrence</b>	<b>10</b>
1.1. Rôle de la réglementation dans la lutte contre le changement climatique	10
1.2. Rôle des entreprises et des consommateurs dans la lutte contre le changement climatique	11
1.3. La concurrence en tant que moteur de la protection de l'environnement	11
1.4. Défaillances du marché ayant une incidence sur les objectifs environnementaux	12
1.4.1. Défaillances du marché du côté de l'offre	13
1.4.2. Défaillances du marché du côté de la demande	14
1.5. Les risques d'incertitude juridique et de paralysie des initiatives écologiquement viables	16
<b>2. Évaluation d'impact sur la concurrence et efficacité économique</b>	<b>17</b>
2.1. Principales difficultés liées aux évaluations d'impact sur la concurrence	18
2.1.1. Difficulté n° 1 : Quels types d'effets prendre en compte ?	18
2.1.2. Difficulté n° 2 : Quels consommateurs prendre en compte ?	20
2.1.3. Difficulté n° 3 : Quel cadre temporel adopter pour la prise en compte des effets sur l'environnement ?	24
2.1.4. Difficulté n° 4 : Comment concilier les effets sur l'environnement avec d'autres types d'effets ?	25
2.2. Compatibilité et conflits entre concurrence et protection de l'environnement	25
<b>3. Considérations environnementales dans les accords anticoncurrentiels et de coopération</b>	<b>27</b>
3.1. Compatibilité entre la concurrence et la protection de l'environnement	27
3.1.1. Accords pro concurrentiels associés à des avantages environnementaux	27
3.1.2. Accords anticoncurrentiels associés à des atteintes à l'environnement	27
3.2. Conflit entre la concurrence et la protection de l'environnement	30
3.2.1. Accords potentiellement anticoncurrentiels associés à des avantages environnementaux	30
3.2.2. Problèmes de concurrence et considérations d'efficacité	31
3.3. Considérations environnementales dans les accords verticaux	36
3.4. Éléments probants	37
<b>4. Considérations environnementales dans les affaires d'abus de position dominante</b>	<b>39</b>
4.1. Compatibilité entre la concurrence et la protection de l'environnement	39
4.1.1. Abus de position dominante associés à des atteintes à l'environnement	39

4.2. Conflit entre la concurrence et la protection de l'environnement	40
4.2.1. Abus potentiels de position dominante associés à des avantages environnementaux	40
4.2.2. Justifications proconcurrentielles écologiques	40
<b>5. Considérations environnementales dans le contrôle des fusions</b>	<b>42</b>
5.1. Définition du marché	42
5.2. Compatibilité entre la concurrence et la protection de l'environnement	43
5.2.1. Fusions associées à des atteintes à l'environnement	43
5.3. Conflit entre la concurrence et la protection de l'environnement	47
5.3.1. Fusions potentiellement anticoncurrentielles associées à des avantages environnementaux	47
5.3.2. Gains d'efficacité environnementaux	48
5.4. Cadre temporel de l'évaluation	48
5.5. Éléments probants	49
5.6. Mesures correctrices	51
<b>6. Autres approches dans le traitement des considérations environnementales</b>	<b>52</b>
6.1. Affaires relevant de la doctrine de l'action de l'État	52
6.2. Considérations d'intérêt public émanant d'autres organismes publics	52
6.3. Critère d'intérêt général avancé par l'autorité de la concurrence	53
6.4. Hiérarchisation des priorités et pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence	54
6.5. Actions de sensibilisation aux questions de concurrence	55
6.5.1. Études de marché	56
6.5.2. Marchés publics	56
<b>7. Conclusions</b>	<b>57</b>
<b>Encadrés</b>	
Encadré 1. Commission européenne – Gaz d'échappement	29
Encadré 2. Autorité française de la concurrence – Revêtements de sols résilients	30
Encadré 3. ACM – Chicken of Tomorrow	33
Encadré 4. Ministère américain de la Justice – Émissions automobiles	34
Encadré 5. Commission européenne - CECED	35
Encadré 6. Commission européenne – Aurubis/Metallo	44
Encadré 7. Commission européenne – Dow/Dupont	46
Encadré 8. Considérations d'intérêt public dans le contrôle des fusions	53
Encadré 9. ACCC – Collecte et recyclage de batteries	54

## Principales considérations

- L'association de réglementations, de politiques, de technologies et de marchés performants reste le moyen le plus efficace de réaliser les objectifs de neutralité carbone. Compte tenu du rôle fondamental des initiatives privées et collectives mises en œuvre par les entreprises, la politique de la concurrence s'avère essentielle pour assurer une répartition efficace des capitaux et contribuer ainsi à l'émergence des technologies de rupture nécessaires pour atteindre les objectifs environnementaux.
- Dans la mesure où investir dans l'innovation verte peut procurer aux entreprises un certain avantage concurrentiel et potentiellement augmenter leurs parts de marché, réduire leurs coûts, augmenter leurs rendements d'échelle ou les rendre plus innovantes, la concurrence s'impose comme un moteur central de la lutte contre le changement climatique.
- Selon les circonstances, il peut exister des défaillances de marché qui font que la coopération et les synergies entre les entreprises sont le meilleur moyen de parvenir à l'efficacité économique ou de se développer dans le respect des objectifs environnementaux. Ces défaillances incluent entre autres les problèmes de coordination, le handicap d'antériorité et les asymétries de l'information.
- Les autorités de la concurrence s'appuyant sur le cadre traditionnel de l'évaluation d'impact sur la concurrence sont confrontées à quatre défis majeurs :
  - déterminer quels effets sur l'environnement doivent être pris en compte et dans quelle mesure ;
  - décider s'il est possible de prendre en compte les gains d'efficacité environnementaux qui profitent aux consommateurs autres que ceux directement affectés par les pratiques ou opérations anticoncurrentielles visées (y compris les futurs consommateurs) ;
  - établir dans quels délais doit se faire la prise en compte des effets sur l'environnement ou des gains d'efficacité environnementaux ;
  - mesurer les effets sur l'environnement et les mettre en balance avec d'autres types d'effets ou de gains d'efficacité.
- Dans le cadre de leurs évaluations d'impact sur la concurrence, les autorités de la concurrence peuvent chercher à adapter leurs outils d'analyse de manière à assurer une prise en charge plus efficace des effets sur l'environnement et des gains d'efficacité environnementaux. Au vu de l'importance des améliorations de la qualité écologique ou de l'innovation en faveur de processus et de produits plus durables et plus propres, les affaires présentant une dimension environnementale peuvent contribuer fortement à dévier l'attention des autorités de la concurrence, jusque-là centrée uniquement sur les effets sur les prix, et à la reporter sur une analyse holistique à la fois des effets statiques et des effets dynamiques.
- En particulier concernant l'évaluation des gains d'efficacité et des atteintes portées à la qualité écologique, à la liberté de choix et à l'innovation, les autorités peuvent avoir besoin de développer leurs compétences, que soit en interne ou en coopérant avec d'autres autorités de la concurrence, les organismes de protection de l'environnement ou les experts en économie de l'environnement. Il peut également être nécessaire que les autorités de la concurrence continuent de perfectionner leurs pratiques en matière de collecte de documents internes.
- Pour éviter toute paralysie des initiatives et des investissements privés, il sera essentiel de fournir des orientations aux entreprises, à travers la pratique décisionnelle ou par le biais d'instruments juridiques non contraignants, sur la manière dont les considérations environnementales doivent être intégrées à l'évaluation d'impact sur la concurrence.

- Les autorités de la concurrence peuvent axer leurs priorités en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence et leurs activités de sensibilisation sur des marchés clés, et ce, afin d'accompagner la transition verte ou de stimuler l'innovation durable.

# Introduction

1. Un récent rapport du Groupe d'experts intergouvernemental des Nations unies sur l'évolution du climat (le « rapport du GIEC 2021 ») indique que limiter la hausse des températures moyennes mondiales à 1.5 °C n'est possible que par une réduction rapide, sensible et généralisée des émissions de gaz à effet de serre. Comme chacun le sait, si cette limite était dépassée les conséquences seraient particulièrement graves, voire irréversibles dans certains cas, allant de périodes de sécheresse et de chaleur extrême (préjudiciables à la santé et l'agriculture) à la modification des régimes pluviométriques (à l'origine de violentes tempêtes et d'inondations dans différentes régions) (GIEC, 2021<sup>[1]</sup>).

2. Les répercussions du réchauffement climatique et du changement climatique sont bien identifiées par la communauté internationale et les gouvernements sont depuis longtemps exhortés à agir. Dès 1972, la Conférence des Nations unies de Stockholm était consacrée aux effets à long terme de l'activité humaine sur l'environnement et abordait la question des interactions entre la pollution et la croissance économique. Les 17 Objectifs de développement durable (ODD) des Nations unies établissaient la lutte contre le changement climatique et la transition vers les énergies propres comme des objectifs pour les pouvoirs publics à l'horizon 2015<sup>1</sup>.

3. Bien que les interventions de politique publique et l'investissement public s'avèrent déterminants dans la réalisation des objectifs environnementaux, les acteurs du secteur privé ont également un rôle important à jouer.

4. Les entreprises ont la possibilité de s'engager de manière individuelle à atteindre les objectifs de neutralité en gaz à effet de serre, à adopter des matériaux recyclables, à développer le recyclage des déchets ou encore à investir dans les technologies vertes pour réduire leurs coûts ou répondre à la demande des consommateurs. Alors que les consommateurs deviennent plus sensibles au changement climatique et que l'asymétrie de l'information tend à se réduire sur différents aspects, la priorité sera de plus en plus donnée aux produits présentant des caractéristiques écologiques, contribuant ainsi directement au développement de la concurrence. Une étude récente réalisée auprès de 17 économies riches d'Amérique du Nord, d'Asie-Pacifique et d'Europe a montré que les consommateurs sont disposés à adapter leur mode de vie et de travail de sorte à réduire au minimum les répercussions négatives du réchauffement climatique<sup>2</sup>. Ce phénomène pourrait toutefois être plus marqué dans certains marchés, suivant le degré d'information des consommateurs, le niveau de transparence des processus de production et de distribution ou encore l'importance accordée au paramètre concurrentiel par rapport à d'autres paramètres, comme le prix ou d'autres aspects de la qualité des produits.

5. Des commentateurs ont fait observer que dans certains marchés les initiatives individuelles peuvent donc s'avérer limitées, voire inefficaces. Selon les termes de Bill Gates, homme d'affaires et cofondateur de Microsoft Corporation :

*Il ne servira pas à grand-chose de se contenter d'adopter une politique – par exemple, une norme de zéro émission pour les voitures –, si nous ne disposons pas de la technologie capable d'éliminer les émissions ou si aucun constructeur automobile n'est prêt à produire et vendre des voitures qui respectent ces normes. D'un autre côté, il ne sera pas d'une grande utilité de disposer d'une technologie à basses émissions – disons, un système qui capte le carbone provenant d'une centrale de charbon – si nous n'offrons pas des avantages*

*financiers aux prestataires d'énergie afin qu'ils l'installent. Et rares sont les entreprises qui feront le pari d'inventer des technologies zéro émission si leurs concurrents sont à même de casser les prix avec des produits à base de carburants fossiles. C'est pourquoi les marchés, la politique et la technologie doivent travailler de façon complémentaire (Gates, 2021, pp. 189-190<sup>[2]</sup>).*

6. Dans les marchés où les consommateurs sont moins informés ou moins sensibles aux caractéristiques écologiques des produits, par exemple, les entreprises sont moins susceptibles de payer volontairement la « prime environnementale » (soit le surcoût engendré par le recours à des processus moins polluants ou à des matériaux plus durables). De la même manière, dans les marchés marqués par une diminution des marges bénéficiaires, les entreprises seront encore moins enclines à adopter des processus de production plus écologiques, notamment lorsque leurs concurrents privilégient les processus de production peu coûteux (Gates, 2021, pp. 107-108<sup>[2]</sup>).

7. Étant donné que les efforts individuels peuvent dans certains cas ne pas être rentables pour les entreprises, certaines ont avancé que la mise en place de collaborations pourrait procurer des avantages significatifs. D'autres ont également souligné qu'il existait un risque que le droit de la concurrence entrave plutôt qu'il ne favorise les pratiques commerciales et les regroupements d'entreprises pourtant favorables à la concurrence. Cet effet de « paralysie » pourrait dissuader les entreprises de s'engager dans des initiatives de collaboration écologiquement viables par peur de tomber sous le coup du droit de la concurrence (CCI, 2020<sup>[3]</sup> ; Holmes, 2020<sup>[4]</sup>).

8. Un débat passionné, appuyé par les entreprises, s'est donc engagé parmi les acteurs européens de la concurrence notamment, à propos de la nécessité d'apporter des précisions sur la prise en compte potentielle par les autorités de la concurrence des considérations environnementales dans leurs évaluations d'impact sur la concurrence. Différentes initiatives ont été mises en place ou sont actuellement à l'étude pour apporter une réponse à cette question et fournir des orientations aux entreprises, que ce soit par l'Allemagne<sup>3</sup>, l'Autriche<sup>4</sup>, la Grèce<sup>5</sup>, les Pays-Bas<sup>6</sup>, le Royaume-Uni<sup>7</sup> et la Commission européenne<sup>8</sup>.

9. À l'échelon international, en 2015, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement a donné lieu à la publication d'une note sur le rôle de la concurrence dans un développement économique durable et inclusif (CNUCED, 2015<sup>[5]</sup>), et le Réseau international de la concurrence (RIC) a récemment examiné cette question par le biais d'une enquête réalisée dans le cadre d'un projet spécial exécuté par l'autorité hongroise de la concurrence<sup>9</sup>.

10. L'OCDE a étudié les relations entre la concurrence et la protection de l'environnement de manière approfondie à l'occasion des trois tables rondes suivantes : [La politique de la concurrence et l'environnement](#) (1995), [Les accords horizontaux dans le contexte environnemental](#) (2010) et [Droit de la concurrence et conduite responsable des entreprises](#) (2015). En 2020, l'OCDE s'est également intéressée aux différents aspects de la relation entre [Durabilité et droit de la concurrence](#).

11. Dans le prolongement des recherches menées et des débats qui ont eu lieu sur des thèmes connexes, le présent document étudie comment les autorités de la concurrence peuvent, en pratique, intégrer les considérations environnementales aux évaluations d'impact sur la concurrence dans leurs actions d'application du droit de la concurrence et dans les cadres juridique et analytique existants. Ce document est organisé de la manière suivante :

- La **section 1**. analyse le rôle de la réglementation et la relation entre la politique de la concurrence et le changement climatique. Cette section vise également à déterminer si la concurrence est un moteur de la protection de l'environnement et examine les facteurs susceptibles de réduire la capacité de la concurrence à produire des résultats durables jugés les plus souhaitables.
- La **section 2**. explore plus précisément les difficultés auxquelles peuvent être confrontées les autorités de la concurrence dans la prise en compte des considérations environnementales aux fins des évaluations d'impact sur la concurrence et de l'analyse des gains d'efficacité allégués.

- La **section 3.** examine les difficultés spécifiques de ces évaluations par rapport aux accords anticoncurrentiels (horizontaux et verticaux) et aux accords de coopération.
- La **section 4.** analyse de quelle manière les considérations environnementales peuvent être intégrées aux évaluations réalisées dans les affaires d'abus de position dominante.
- La **section 5.** aborde les analyses tenant au contrôle des fusions et comment elles peuvent être adaptées de sorte à prendre en compte les considérations environnementales.
- La **section 6.** examine les différentes possibilités de prise en compte des incidences sur l'environnement par les autorités de la concurrence et en fonction des régimes réglementaires en vigueur.

# 1. Relation entre durabilité et droit de la concurrence

## 1.1. Rôle de la réglementation dans la lutte contre le changement climatique

12. Une approche globale fondée sur une tarification significative des émissions de gaz à effet de serre, sur une réglementation prenant en compte les impacts sociaux et sur des mesures ciblées d'appui technologique offre les meilleures chances de parvenir à une transition réussie vers la neutralité en gaz à effet de serre (OCDE, 2015<sup>[6]</sup>).

13. S'agissant des investissements, les mesures en faveur d'une reprise verte adoptées pendant la pandémie de COVID-19 ont offert une occasion importante de contribuer à la réalisation des objectifs d'innovation en matière de neutralité climatique. Les informations issues de la base de données de l'OCDE relative à une reprise verte montrent que les mesures adoptées dans le contexte du COVID-19 ayant une incidence vraisemblablement positive sur l'environnement se sont élevées à 336 milliards USD dans 43 pays (OCDE, 2021<sup>[7]</sup>), soit environ 17 % des dépenses consacrées à la relance ou 2 % du total des investissements liés à la pandémie de COVID-19. À l'échelle mondiale, seulement 12 % des dépenses consacrées aux mesures économiques de sauvetage sont axées sur la relance verte (Harvey, 2021<sup>[8]</sup>).

14. Les mesures d'action publique et la réglementation ont probablement permis les plus grandes avancées en la matière. L'interdiction des systèmes de production et des matériaux polluants, l'octroi de crédits d'impôt aux entreprises adoptant des technologies plus propres, l'introduction de normes environnementales dans les programmes de marchés publics, les tarifs d'achat pour les systèmes à énergie renouvelable et la taxe sur le carbone sont toutes des mesures qui contribuent à la réalisation des objectifs environnementaux. L'efficacité de ces mesures tend toutefois à être limitée en raison du manque de coordination internationale et du fait qu'elles se caractérisent par l'existence de bénéficiaires indus. L'OCDE recueille des données et affine ses indicateurs afin de comparer les dispositifs de tarification du carbone et les politiques fiscales de différents pays, et ainsi identifier les mesures les plus efficaces et coordonner les efforts de réduction des émissions de gaz à effet de serre (OCDE, 2021<sup>[9]</sup>).

15. Les réglementations peuvent également être lentes et coûteuses à mettre en œuvre et, dans certains cas, ne pas s'avérer suffisantes pour atteindre les résultats souhaités (Dolmans, 2020<sup>[10]</sup>). En tout état de cause, même lorsqu'une réglementation est déjà en vigueur, la concurrence peut avoir un rôle important à jouer. Les réglementations environnementales limitent l'espace dans lequel les entreprises se livrent concurrence et entraînent même une modification des modèles économiques. Le jeu de la concurrence peut néanmoins continuer de s'exercer dans ce nouvel espace. Au sujet d'une récente affaire instruite par l'UE concernant les émissions automobiles (voir l'Encadré 1 ci-dessous), la vice-présidente exécutive de la Commission européenne, Margrethe Vestager, indiquait :

*La loi définit les normes minimales que tous les fabricants doivent respecter en matière de réduction des émissions. Elle laisse néanmoins une grande latitude aux fabricants souhaitant se livrer concurrence pour atteindre de meilleurs résultats que le minimum requis.*

16. C'est également ce que souligne une récente note de synthèse des services de la Commission européenne : « *l'impact des réglementations en faveur d'objectifs plus durables dans les marchés étudiés sera reflété dans l'évaluation d'impact sur la concurrence* » (Badea et al., 2021<sup>[11]</sup>)<sup>10</sup>. Cette question pourrait s'avérer de plus en plus pertinente pour les autorités de la concurrence, dans la mesure où il sera nécessaire qu'elles comprennent, au cours des prochaines années, l'impact sur l'environnement d'un contexte réglementaire en constante évolution.

## 1.2. Rôle des entreprises et des consommateurs dans la lutte contre le changement climatique

17. Beaucoup reconnaissent l'importante contribution du secteur privé dans la réalisation des objectifs environnementaux (CCI, 2020<sup>[3]</sup> ; Gates, 2021<sup>[2]</sup> ; Polman et Winston, 2021<sup>[12]</sup>). Dans la mesure où les objectifs environnementaux pour un développement durable nécessitent l'adoption de nouvelles technologies, la participation d'acteurs du secteur privé s'avérera incontournable pour apporter un soutien supplémentaire en termes de capacités de recherche et de développement (R-D), d'infrastructures, de ressources et de savoir-faire en matière de commercialisation.

18. Les initiatives des pouvoirs publics ou du secteur privé pourraient n'avoir qu'une espérance de vie limitée si aucun alignement n'est opéré sur le long terme entre, d'une part, les objectifs de « bien commun » ou les stratégies des entreprises et, d'autre part, la demande des consommateurs.

19. À mesure que les préférences des consommateurs évoluent en faveur de biens et services respectueux de l'environnement<sup>11</sup>, la qualité écologique de ces produits s'impose de plus en plus comme un paramètre de la concurrence et la demande des consommateurs joue un rôle moteur plus en plus grand pour la concurrence. Dans certains secteurs, les consommateurs sont quant à eux de plus en plus enclins à privilégier les entreprises respectueuses de l'environnement dans leurs décisions d'achat et environ 60 % d'entre eux affirment être prêts à modifier leurs habitudes d'achat pour respecter les objectifs environnementaux (Haller, Lee et Cheung, 2020, p. 5<sup>[13]</sup>).

20. L'importance de la dynamique des marchés et le rôle des acteurs des marchés dans la lutte contre le changement climatique poussent à s'interroger sur la manière dont la politique de la concurrence peut contribuer à créer l'environnement le plus propice possible à la promotion de pratiques commerciales durables et favorables à concurrence. Bien que des initiatives importantes soient mises en place par des entreprises à titre individuel afin d'atteindre des objectifs qu'elles se sont elles-mêmes imposés en termes d'émissions, de recyclage ou d'investissements de R-D respectueux de l'environnement (OCDE, 2011<sup>[14]</sup>), leur portée sera nécessairement limitée. D'aucuns considèrent donc que des objectifs plus ambitieux pourraient être atteints par les entreprises dans le cadre d'une coopération interentreprise ou par la mise en commun de leurs ressources et savoir-faire, que ce soit par le biais d'association d'entreprises ou de fusions (CCI, 2020<sup>[3]</sup> ; Holmes, 2020<sup>[15]</sup> ; Dolmans, 2020<sup>[16]</sup> ; Unilever, 2020<sup>[17]</sup>).

## 1.3. La concurrence en tant que moteur de la protection de l'environnement

21. Les politiques de la concurrence peuvent être perçues comme contradictoires par nature avec la protection de l'environnement, car leurs objectifs économiques sont généralement associés à une augmentation de la production et à une baisse des prix, contribuant ainsi à la surconsommation de ressources naturelles limitées.

22. Les politiques de la concurrence ont toutefois également pour objet une amélioration de la qualité (y compris en termes de durabilité des produits), une plus grande liberté de choix (par l'inclusion de produits respectueux de l'environnement) et une stimulation de l'innovation (dont l'innovation verte).

23. La concurrence a un rôle essentiel à jouer dans la lutte contre le changement climatique dans au moins trois types de situations.

24. D'abord, la concurrence contribue à la réalisation des objectifs de protection de l'environnement lorsque les préférences des consommateurs vont aux produits ou services respectueux de l'environnement, incitant ainsi les entreprises à adapter leur offre de produits et à orienter leurs investissements pour récolter les fruits de cette nouvelle demande. Lorsque les consommateurs consentent à payer le prix de produits plus durables, la concurrence permet d'obtenir les meilleurs résultats possible (Schinkel et Spiegel, 2017<sup>[18]</sup>) et encourage les entreprises à investir dans la différenciation de leurs produits en faveur du respect de l'environnement (Aghion et al., 2020<sup>[19]</sup>).

25. Certaines études<sup>12</sup> montrent que la concurrence favorise les investissements dans la gouvernance sociale, environnementale et d'entreprise, y compris dans des aspects comme la préservation des ressources naturelles, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et les technologies vertes (Ding et al., 2020<sup>[20]</sup>).

26. Ensuite, la concurrence et les objectifs de protection de l'environnement deviennent par essence interdépendants en cas d'alignement des préjudices pour la concurrence et des dommages environnementaux. Citons notamment l'exemple des ententes d'écoblanchiment, par lesquelles les entreprises peuvent collectivement surfacturer les achats des consommateurs sous couvert d'objectifs de protection de l'environnement, ou encore les cas d'atténuation ou de suppression de la concurrence par un groupe d'entreprises sur la base d'un élément de différenciation lié à la durabilité ou à l'innovation. C'est notamment ce qui peut se produire lorsque des entreprises conviennent de ralentir ou de retarder l'introduction sur le marché de technologies vertes ou lorsqu'elles décident ensemble ne de pas mettre en avant les performances environnementales d'un produit (Volpin, 2020<sup>[21]</sup>).

27. Enfin, le droit de la concurrence contribue également à la protection de l'environnement lorsqu'il prend en considération les avantages, les exceptions et les arguments d'efficacité sur le plan des politiques publiques en lien avec un comportement à la fois respectueux de l'environnement et favorable à la concurrence. Le caractère proconcurrentiel d'un comportement peut être déterminé par une analyse de l'ensemble des effets économiques, y compris des effets hors prix sur la qualité, le choix et l'innovation (comme les améliorations de la qualité écologique), ou des gains d'efficacité environnementaux, permis par des produits et processus innovants plus durables et plus propres, susceptibles de l'emporter sur les effets sur les prix.

28. Dans la mesure où investir dans l'innovation verte peut procurer aux entreprises un certain avantage concurrentiel et potentiellement augmenter leurs parts de marché, réduire leurs coûts, augmenter leurs rendements d'échelle ou les rendre plus innovantes, la concurrence s'impose comme un moteur central de la lutte contre le changement climatique.

#### 1.4. Défaillances du marché ayant une incidence sur les objectifs environnementaux

29. Certains observateurs ont toutefois souligné que la concurrence ne garantit pas toujours les résultats économiques les plus durables dans tous les marchés, notamment en raison des caractéristiques spécifiques de chaque marché ou d'éventuels problèmes d'offre et de demande.

30. Tel que le soulignent par exemple Aghion, Antonin et Bunel (2021<sup>[22]</sup>) :

*[D]ans une économie où les consommateurs se soucient davantage du prix des biens que de leur contenu environnemental, une concurrence exacerbée ne va pas inciter à l'innovation verte et accentuera le problème environnemental.*

31. Il existe au moins trois types de scénarios dans lesquels les initiatives unilatérales en matière de durabilité ne peuvent être mises en place ou s'avérer peu efficaces :

- les scénarios dans lesquels une situation du type « tragédie des biens communs » ou une absence de coordination entre les acteurs du marché n'est pas traitée de manière adéquate par la réglementation officielle (Stigler, 1974<sup>[23]</sup>). Les entreprises subissent dans ce cas un « handicap d'antériorité » et n'investiront pas dans des processus ou des systèmes de production plus respectueux de l'environnement si elles craignent d'être surclassées par leur concurrents. La coopération entre les entreprises dans ces situations peut remédier à cette défaillance du marché (Snoep, 2021<sup>[24]</sup> ; Dolmans, 2020<sup>[10]</sup>) ;
- les scénarios dans lesquels les consommateurs, bien qu'ils puissent être soucieux de l'environnement, continuent de choisir les solutions disponibles moins durables, comptant sur les autres consommateurs pour faire des choix plus vertueux et tirant donc indûment parti du comportement de ces autres consommateurs (Unilever, 2020<sup>[17]</sup> ; van Dijk, 2021<sup>[25]</sup>) ;
- les scénarios dans lesquels la demande de solutions durables peut exister mais n'est pas suffisante pour couvrir les coûts fixes inhérents à des processus de production et de distribution plus durables ou pour permettre de réaliser des économies d'échelle (van Dijk, 2021<sup>[25]</sup>).

Ces scénarios peuvent être liés à un certain nombre de défaillances du marché, décrites plus en détail ci-dessous.

#### **1.4.1. Défaillances du marché du côté de l'offre**

32. Les problèmes de coordination constituent un premier exemple de défaillance du marché du côté de l'offre par laquelle le jeu de la concurrence ne produit pas nécessairement des résultats souhaitables. Comme cela a été mentionné précédemment, les entreprises peuvent dans certains cas considérer qu'il n'est pas rentable d'investir dans des processus ou des systèmes de production plus respectueux de l'environnement si elles estiment que les consommateurs n'achèteront pas davantage leurs produits ou si elles craignent de ne pas être compétitives.

33. La conséquence directe est que les incitations à investir dans la durabilité sont potentiellement perçues comme limitées par les entreprises. Celles-ci sont en effet plus susceptibles de montrer une volonté à investir de manière conséquente dans des intrants, des processus et des technologies plus respectueux de l'environnement, et à supporter des coûts fixes ou des investissements en R-D importants s'il existe une perspective de rentabilité. Bien que les objectifs de « valeur partagée » (Porter et Kramer, 2011<sup>[26]</sup>) et d'« impact positif net » (Polman et Winston, 2021<sup>[12]</sup>) deviennent de plus en plus répandus, les entreprises continuent de donner la priorité à la proposition de valeur financière faite à leurs actionnaires.

34. Différents problèmes se posent, notamment, en raison du « handicap d'antériorité », soit lorsque les consommateurs apprécient la valeur des caractéristiques environnementales d'un produit mais lui préfèrent malgré tout d'autres produits moins chers. Les consommateurs choisiraient le produit vertueux si aucun autre produit moins cher n'était disponible ou s'ils étaient convaincus que les autres consommateurs choisiraient également ce produit ; ils seraient alors rassurés de savoir que leur sacrifice financier n'est pas vain puisque, partagé avec les autres consommateurs, il permet d'influencer l'offre (van Dijk, 2021<sup>[25]</sup>).

35. Les externalités environnementales négatives sont un second exemple de défaillance du marché du côté de l'offre. On parle d'« externalité négative » (ou de « déséconomie externe ») quand la production ou la consommation de biens et services impliquent des coûts pour les autres qui ne sont pas reflétés dans les prix facturés pour les biens et services fournis. L'un des exemples les plus frappants de ce type de défaillance du marché est la pollution de l'environnement générée par les processus de production (Helbling, 2020<sup>[27]</sup>).

### 1.4.2. Défaillances du marché du côté de la demande

36. Un certain nombre de défaillances du marché du côté de la demande peuvent expliquer pourquoi les préférences des consommateurs ne se traduisent pas complètement dans leurs comportements d'achat (CCI, 2020<sup>[3]</sup>).

37. La première raison pour laquelle la demande des consommateurs peut ne pas stimuler la concurrence entre les produits respectueux de l'environnement est que leur consentement à payer le prix de tels produits n'est pas à la hauteur des coûts fixes supportés par les entreprises pour la fabrication de tels produits (van Dijk, 2021<sup>[25]</sup>). Cela peut être dû au fait que la prime environnementale est particulièrement élevée ou que les consommateurs ne sont que peu enclins à payer le prix de ces biens ou services. Bien que la demande des consommateurs évolue dans la plupart des marchés, il existe de nombreux produits concernant lesquels les consommateurs peuvent éprouver des difficultés à obtenir des informations sur les processus de production et de distribution, dont les consommateurs peuvent avoir du mal à déterminer le niveau de durabilité, ou encore qu'il leur est difficile de comparer avec d'autres produits (Volpin, 2020<sup>[21]</sup>).

38. Il n'existe par exemple actuellement aucun substitut commercialement viable pour certains intrants utilisés dans toute une série de marchés différents, comme l'éthylène, l'acier ou le ciment. Pour que ces produits soient entièrement décarbonés, les fabricants doivent s'engager à récupérer les émissions dont ils sont à l'origine (Gates, 2021, p. 107<sup>[2]</sup>). Autrement dit, leur « qualité de durabilité » est bien moins susceptible d'avoir une influence sur les préférences des fabricants intermédiaires ou des consommateurs finaux, lesquels devraient alors accorder davantage d'importance au prix ou aux performances des produits.

39. On peut légitimement présumer que les consommateurs finaux ont la possibilité de faire pression sur les fabricants afin qu'ils s'engagent à rendre leurs produits plus écologiques, et ce, en enrichissant leurs connaissances et en donnant la préférence aux détaillants connus pour collaborer avec des fabricants plus respectueux de l'environnement (Aghion, Antonin et Bunel, 2021<sup>[22]</sup>). Cela est notamment valable pour les produits situés à l'extrémité de la chaîne d'approvisionnement et au plus près des consommateurs (p. ex. : automobiles, habillement, produits d'hygiène, boissons et alimentation) mais s'avérer plus complexe dans le cas des matières premières et des intrants, lesquels sont susceptibles d'avoir une incidence supérieure sur un plus grand nombre de marchés différents. Ce principe n'est toutefois pas nécessairement valable, par exemple, pour les intrants homogènes qui sont hautement raffinés et transformés avant d'atteindre les consommateurs (comme l'acier vis-à-vis d'un individu faisant l'acquisition d'une voiture) ou encore vendus dans les marchés dont les marges bénéficiaires sont relativement faibles. Ce principe est encore moins susceptible de s'appliquer efficacement dans le cas des intrants représentant une prime environnementale élevée, comme le ciment, dont le prix est actuellement supérieur de 75 à 140 % à un prix sans émissions de carbone (Gates, 2021, p. 107<sup>[2]</sup>).

40. Si les consommateurs ne montrent pas de préférence manifeste pour des produits plus respectueux de l'environnement et si les réponses aux appels d'offres ne sont pas soumises à des normes environnementales, certains grands fabricants pourraient tout de même décider d'investir pour rendre leur production et leur distribution plus écologiques, mais il est peu probable qu'ils suscitent une réelle évolution du secteur (Gates, 2021, p. 108<sup>[2]</sup>).

41. Par ailleurs, dans les marchés de produits, les consommateurs peuvent rencontrer des difficultés à initier un changement dans la production de produits n'ayant qu'une incidence plus faible sur l'environnement. Une importante asymétrie de l'information peut exister entre les fournisseurs et les consommateurs concernant l'impact environnemental des processus de production et de distribution de certains produits. Il peut néanmoins être tout aussi difficile de s'y retrouver lorsqu'il existe une surabondance d'informations, notamment concernant des produits dont les processus de production ou

de distribution sont plus complexes et dont l'effet net sur l'environnement n'est pas facilement appréciable (Pucker, 2021<sup>[28]</sup> ; Volpin, 2020<sup>[21]</sup>).

42. Une seconde raison explique que les préférences des consommateurs puissent ne pas se traduire complètement dans leurs décisions d'achat : l'existence de certains biais comportementaux susceptibles d'engendrer une discordance entre ce que souhaitent les consommateurs et ce qu'ils achètent, empêchant par là même les acteurs du marché qui se livrent une concurrence efficace sur le paramètre de qualité écologique d'être récompensés de leurs efforts par les consommateurs. Selon les termes des prix Nobel Duflo et Banerjee :

*Si les gens ne savent pas quoi penser d'un produit aussi ordinaire qu'une boîte de chocolats ou qu'une bouteille de vin, comment pouvons-nous attendre d'eux qu'ils aient des préférences affirmées sur la question du changement climatique ? Ou sur le monde dans lequel devraient vivre leurs petits-enfants ? Ou qu'ils sachent si les habitants des Maldives méritent que leurs îles disparaissent sous l'effet de la montée du niveau des océans ? Ou encore dans quelle mesure ils sont prêts à modifier leur mode de vie pour éviter de telles catastrophes climatiques ? [...] Nous sommes certainement nombreux à nous soucier de toute une série de répercussions sur l'environnement qui ne nous affectent pas directement, même s'il nous est difficile d'y attribuer une valeur financière (Banerjee et Duflo, 2019, p. 218<sup>[29]</sup>).*

43. Ces biais comportementaux peuvent inclure, par exemple (Dolmans, 2020<sup>[10]</sup> ; Volpin, 2020<sup>[21]</sup>) :

1. Le biais de la méthode empirique ou de l'heuristique, par lequel les consommateurs, même lorsque des informations pertinentes sont disponibles, peuvent éprouver des difficultés à les assimiler et s'appuieront sur un raisonnement simplifié fondé sur un ou deux critères uniquement. Il est souvent difficile de prendre une décision lorsque les différents aspects d'un produit, comme son mode de fabrication, d'emballage, de transport ou de distribution, n'ont pas les mêmes répercussions sur l'environnement et que les indicateurs utilisés ne sont pas facilement compréhensibles.
2. Le biais du défaut de coordination, par lequel les consommateurs sont amenés à penser que leur sacrifice personnel au nom d'un objectif commun spécifique ne représente qu'une goutte d'eau dans la mer. Même les consommateurs bien informés qui se soucient de l'environnement peuvent estimer que leurs décisions n'ont aucun impact et donc opter pour la solution la plus polluantes si elle est la moins onéreuse.
3. Le biais de l'actualisation hyperbolique, par lequel les consommateurs sous-estiment les effets négatifs d'événements à venir, comme le changement climatique, qu'ils perçoivent comme très éloignés dans le temps.
4. Le biais du *statu quo*, lequel peut affecter la prise de décision des consommateurs leur faisant préférer des produits qu'ils connaissent déjà, que ce soit parce qu'ils sont habitués aux prix pratiqués (et qui n'incluent pas de prime environnementale) ou parce qu'ils sont habitués à leurs caractéristiques spécifiques.

44. Même si, dans l'idéal, ces problèmes du côté de la demande pourraient éventuellement être réglés par l'adoption de politiques publiques visant à inciter les consommateurs à faire des choix plus respectueux de l'environnement ou à les sensibiliser davantage sur les questions environnementales, ces solutions n'existent pas toujours ou ne sont pas toujours efficaces. Il peut être nécessaire que les autorités de la concurrence prennent en compte les problèmes qui se posent du côté de la demande dans leur analyse de la dynamique des marchés. À défaut, cette évaluation risque d'être faussée dans la mesure où l'intérêt des consommateurs pour les produits respectueux de l'environnement ne se traduit pas entièrement dans leurs décisions d'achat et serait donc sous-estimé (Inderst et Thomas, 2021<sup>[30]</sup>).

## 1.5. Les risques d'incertitude juridique et de paralysie des initiatives écologiquement viables

45. Même dans les cas où il n'existe aucune opposition entre la concurrence et les objectifs de protection de l'environnement, le rôle de la politique de la concurrence dans la protection de l'environnement fait à nouveau débat, principalement concernant la possibilité que les entreprises ne participent pas aux efforts de coopération proconcurrentiels en faveur de l'environnement par peur des conséquences liées à l'application du droit de la concurrence. (CCI, 2020<sup>[3]</sup> ; Holmes, 2020<sup>[15]</sup>)

46. Les inquiétudes relatives à un détournement de la réglementation ont rapidement polarisé le débat et poussé certains observateurs à inviter à la méfiance face à la promotion des « ententes vertes » par certaines entreprises (Schinkel et Treuren, 2021<sup>[31]</sup>). Plusieurs autorités de la concurrence recommandent toutefois l'ouverture de discussions avec les opérateurs économiques et certaines ont exprimé leur intention de veiller à ce qu'une interprétation erronée des règles n'entraîne pas une paralysie des initiatives en faveur de l'environnement dont la nature proconcurrentielle est reconnue. La modification législative en Autriche, l'initiative de la Commission européenne, les lignes directrices du Royaume-Uni, le projet d'orientation des Pays-Bas et les documents de réflexion du Bundeskartellamt et de la Grèce visent tous à apporter des précisions sur cette question<sup>13</sup>.

## 2. Évaluation d'impact sur la concurrence et efficacité économique

47. Les autorités de la concurrence peuvent tenir compte des considérations environnementales dans le cadre de leurs évaluations d'impact sur la concurrence axées sur l'efficacité économique et le critère de bien-être du consommateur<sup>14</sup>. Cela peut prendre la forme d'une analyse du préjudice porté à la concurrence dont les effets sont également défavorables pour la protection de l'environnement, ou d'une analyse des gains d'efficacité ou des motifs sous-jacents à certaines fusions ou comportements anticoncurrentiels. Ce type d'analyse sera examiné ci-après, mais aussi de manière plus détaillée dans les sections 3. , 4. et 5. , respectivement en lien avec les accords, les abus de position dominante et le contrôle des fusions.

48. L'une des principales critiques formulées à l'encontre des évaluations d'impact sur la concurrence intégrant une analyse des considérations environnementales est que l'analyse des effets bénéfiques et préjudiciables non économiques dépasserait, au sens strict, le cadre du mandat des autorités de la concurrence, et qu'en étendant son champ d'action l'évaluation en elle-même perdrait de sa « pureté »<sup>15</sup>. Cette critique a amené certains observateurs à associer les propositions visant à intégrer les considérations environnementales aux analyses concurrentielles à une vision populiste ou néo-brandeisienne du droit de la concurrence<sup>16</sup>.

49. Il est toutefois souvent rappelé que la politique de la concurrence doit pouvoir refléter les valeurs constitutionnelles et qu'il peut même exister une obligation légale d'aligner les différentes politiques, comme dans l'Union européenne à travers l'obligation d'intégration environnementale prévue par l'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (Nowag, 2016<sub>[32]</sub>). Plus généralement, la politique de la concurrence peut avoir à prendre en compte les considérations politiques de la société dont elle vise à assurer le bien-être (Whish et Bailey, 2021<sub>[33]</sub>). Dans les pays où l'application d'un critère d'intérêt général est autorisée, comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande, aucune préoccupation n'a été soulevée sur les aspects de la responsabilité démographique ou de l'indépendance des autorités (Nowag, 2016<sub>[32]</sub>).

50. Il convient également de noter que l'évaluation de la durabilité, pour autant qu'elle identifie ou affecte l'une des dimensions tarifaires ou hors prix de la concurrence (qualité, choix ou innovation) cadre tout à fait avec l'interprétation traditionnelle du critère de bien-être du consommateur. Si la valeur de non-usage de la durabilité pour les consommateurs est reconnue, l'impact sur la durabilité de pratiques ou d'opérations peut être pris en compte dans l'analyse traditionnelle des effets hors prix, que ce soit en tant qu'atteinte à la concurrence ou en tant que gain d'efficacité (van Dijk, 2021<sub>[25]</sub> ; Peeperkorn, 2021<sub>[34]</sub> ; Volpin, 2020<sub>[21]</sub>).

51. Il est par conséquent crucial que les autorités de la concurrence aient conscience non seulement des incitations économiques en jeu pour les différentes parties prenantes, mais aussi des facteurs qui affectent l'offre et la demande sur le marché et les effets statiques et dynamiques des pratiques ou opérations ayant un impact environnemental. Il n'en demeure pas moins que cette analyse pourrait nécessiter une compréhension approfondie de la dynamique des marchés au service d'un cadre d'analyse

des effets ou des gains d'efficience. L'avantage de ces cadres est qu'ils sont suffisamment souples pour permettre la réalisation d'une analyse holistique prenant par exemple en compte :

- le pouvoir de marché et les effets statiques et dynamiques, lors de l'évaluation d'une atteinte à la concurrence ou de la nécessité qu'une pratique ou opération procure des avantages ;
- les défaillances du marché du côté de l'offre et l'existence d'un handicap d'antériorité, lors de l'analyse des gains d'efficience ;
- les biais comportementaux du côté de la demande affectant les décisions d'achat des consommateurs, lors de l'analyse de la possibilité que des avantages soient répercutés sur les consommateurs (Volpin, 2021<sup>[35]</sup>).

52. Cela implique également que les autorités de la concurrence recrutent des personnels (CNMC, 2020<sup>[36]</sup>) ayant bénéficié d'une formation professionnelle afin non seulement d'analyser les données et assurer l'évaluation des problèmes de biais comportementaux des consommateurs ou des effets sur la qualité et l'innovation, mais aussi d'appliquer les méthodologies spécifiques à l'économie de l'environnement.

## 2.1. Principales difficultés liées aux évaluations d'impact sur la concurrence

53. Lorsque l'incidence que peut avoir une pratique ou une transaction sur la protection de l'environnement ne correspond à aucun effet statique ou dynamique traditionnel sur le critère de bien-être du consommateur, intégrer cette analyse à l'évaluation d'impact sur la concurrence risque de susciter des controverses. Selon une interprétation stricte du critère de bien-être du consommateur, rien n'est prévu pour la prise en compte des effets sur l'environnement qui i) auraient un impact sur les consommateurs concernés, lequel impact ne serait pas de nature immédiatement économique ou ne serait pas quantifiable en termes économiques (effets directs n'étant pas de nature immédiatement économique) ; ou qui ii) n'auraient pas un impact sur les consommateurs concernés, soit la catégorie des consommateurs qui appartiennent au marché géographique et de produits pertinent et affecté par la pratique visée (effets indirects).

54. Les autorités de la concurrence peuvent donc, dans ces cas spécifiques, rencontrer des difficultés à appliquer le cadre traditionnel d'évaluation d'impact sur la concurrence aux considérations environnementales. Les principales difficultés consistent ainsi à :

1. déterminer dans quelle mesure les effets sur l'environnement peuvent être pris en compte, par exemple, quand ils n'affectent pas directement la concurrence entre les acteurs du marché ou qu'ils ne sont pas de nature immédiatement économique ;
2. décider s'il est possible de prendre en compte les gains d'efficience environnementaux qui profitent aux consommateurs autres que ceux affectés par les restrictions anticoncurrentielles visées (y compris les futurs consommateurs) ;
3. établir dans quels délais doit se faire la prise en compte des effets sur l'environnement ou des gains d'efficience environnementaux ;
4. déterminer comment mettre en balance les effets sur l'environnement avec d'autres types d'effets ou de gains d'efficience, le cas échéant.

### 2.1.1. Difficulté n° 1 : Quels types d'effets prendre en compte ?

55. La première difficulté à laquelle peuvent être confrontées les autorités de la concurrence qui examinent une pratique ou une transaction présentant un impact environnemental est de déterminer quels effets sur l'environnement doivent être pris en considération. Cela tient au fait que les autorités de la

concurrence ont eu tendance à se concentrer sur l'évaluation des effets sur les prix à relativement court terme (Holmes, 2020<sup>[4]</sup>).

56. Certains observateurs soulignent que les externalités environnementales devraient également être prises en compte dans les évaluations afin d'en garantir l'exhaustivité. Dans la mesure où les prix ne sont pas des prix « réels » car ils ne reflètent pas les coûts environnementaux de production et de distribution (Dolmans, 2021<sup>[37]</sup>), les acteurs du marché sont incités à « *se livrer concurrence au détriment de l'avenir de l'humanité* » (Polman et Winston, 2021<sup>[12]</sup>), ce qui alimente une course au moins-disant et mène à une surconsommation effrénée et au gaspillage de ressources naturelles.

57. Le premier obstacle à l'inclusion des considérations environnementales dans l'analyse du bien-être du consommateur est que ces considérations peuvent ne pas être de nature immédiatement économique (ou de prime abord de nature immédiatement économique).

58. Tel que mentionné précédemment, les difficultés (au moins conceptuelles) restent relativement limitées quand les effets sur l'environnement sont identifiés sur la base de la dimension hors prix de la concurrence. Dans certains cas, les effets sur l'environnement sont facilement classés comme étant de nature économique, par exemple lorsqu'une pratique ou opération réduit les incitations à investir dans des technologies plus respectueuses de l'environnement ou qu'elle améliore la qualité environnementale d'un produit (sur le plan de la biodégradabilité, du commerce équitable, etc.) ou ses performances environnementales d'une manière que les consommateurs reconnaissent.

59. Les effets considérés comme économiques peuvent également inclure tout effet qui apporte une valeur ajoutée aux consommateurs (Badea et al., 2021<sup>[11]</sup>). Bien que ces effets puissent être plus difficiles à quantifier et à monétiser (puisqu'ils sont généralement subjectifs et non pécuniaires), ils peuvent être considérés comme de nature économique. Pour autant que les consommateurs apprécient ces caractéristiques dans les produits qu'ils achètent, même lorsque la valeur ajoutée ne découle pas directement de la consommation des produits, on peut s'attendre à ce que les entreprises entrent en concurrence pour proposer ces caractéristiques aux consommateurs. Ces effets sont comparables à d'autres augmentations de la qualité ou du choix et représentent un avantage pour les consommateurs. Ils incluent notamment les impacts sur le niveau des émissions de gaz à effet de serre, sur l'utilisation de produits chimiques polluants, sur la protection de la biodiversité, sur la pollution de l'eau, sur la déforestation ou encore sur la préservation des paysages.

60. Il convient également de souligner que, même si elles sont particulièrement complexes, il existe des méthodes de quantification reconnues, découlant de l'analyse des coûts-avantages environnementaux en fonction de prix fictifs. L'OCDE, par exemple, a publié des lignes directrices spécifiques pour les analyses coûts-avantages appliquées aux initiatives environnementales, lesquelles précisent comment quantifier les coûts et les avantages des impacts sur l'environnement, y compris lorsqu'ils se font sentir dans un avenir lointain, et tout en tenant compte du contexte intergénérationnel et des incertitudes (OCDE, 2019<sup>[38]</sup>). Les méthodologies utilisés pour les évaluations d'impact sur la concurrence sont également définies dans le rapport technique publié récemment par les autorités grecque et néerlandaise de la concurrence<sup>17</sup>, ainsi que dans le document de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE rédigé par Nadine Watson (OCDE, 2021<sup>[39]</sup>).

61. Les difficultés liées à l'évaluation de l'intérêt des consommateurs pour ces effets pourraient être considérées, sur certains aspects, comme relativement proches des difficultés liées à la protection de la vie privée dans les marchés numériques. Même si cela n'est pas toujours reflété dans les comportements d'achat des consommateurs, certaines autorités de la concurrence ont commencé à reconnaître que les pratiques ou opérations réduisant la qualité de la protection de la vie privée peuvent s'avérer préjudiciables au bien-être des consommateurs dans la mesure où elles entraînent une augmentation des prix. À titre d'exemple, dans les affaires *Facebook/WhatsApp*<sup>18</sup> et *Microsoft/LinkedIn*<sup>19</sup>, la Commission européenne a identifié la protection de la vie privée comme constituant un paramètre de la concurrence susceptible d'être affecté de manière négative en cas de fusion.

62. Si l'écart entre le vrai prix et le prix de marché devait être ajusté aux fins de l'évaluation d'impact sur la concurrence, il conviendrait que les autorités de la concurrence prennent en compte les avantages découlant de pratiques ou opérations ayant un impact environnemental positif, mais aussi qu'elles estiment et monétisent cet impact de manière à le comparer avec les atteintes à la concurrence (impact sur les prix pour les consommateurs, par exemple).

63. Cette approche, semblable à celle adoptée précédemment par la Commission européenne dans d'autres affaires (dont *Philips/Osram*<sup>20</sup> et *CECED*<sup>21</sup> ; voir l'Encadré 5 ci-dessous), est également soutenue par le projet d'orientation des Pays-Bas relativement aux accords de durabilité. Ce projet d'orientation propose une interprétation du critère de bien-être du consommateur qui permet une prise en compte des réductions des externalités environnementales négatives, et ce, si les parties sont en mesure d'en déterminer la nature, le montant, le délai et la probabilité<sup>22</sup>.

64. La dimension temporelle est l'un des éléments centraux de cette analyse (pour plus d'informations, voir la section 2.1.3 ci-dessous). Dans son projet d'orientation, l'ACM met en avant que les efforts de coopération en faveur de l'environnement ont tendance à générer des avantages à long terme, et que cela doit être pris en compte dans l'analyse car l'incidence sur l'évaluation finale peut être considérable<sup>23</sup>.

65. Certains observateurs soulignent toutefois que tenir compte de ces effets sur l'environnement risque d'élargir l'analyse des autorités de manière significative, et ainsi d'augmenter inutilement leur charge de travail tout en créant de nouvelles possibilités de manipulation pour certaines entreprises (Peeperkorn, 2020<sub>[40]</sub> ; Schinkel et Treuren, 2021<sub>[41]</sub>). L'évaluation des effets hors prix fait néanmoins partie intégrante de l'évaluation d'impact sur la concurrence traditionnelle et le fait qu'elle soit plus difficile à mettre en œuvre ne la rend pas moins pertinente à la mission des autorités de la concurrence (Badea et al., 2021<sub>[11]</sub> ; OCDE, 2018<sub>[42]</sub>). Par ailleurs, quand les considérations environnementales doivent être examinées en tant que gains d'efficacité potentiels, elles ne devraient être évaluées que si cela est indispensable à la réalisation de l'objectif environnemental visé, en l'absence de toute autre solution moins restrictive. L'exécution d'évaluations complètes serait ainsi limitée à un nombre réduit d'accords ou d'opérations, et rendrait donc théoriquement ces analyses d'autant plus simples à gérer.

66. La question de l'efficacité économique est plus difficilement compatible avec les situations dans lesquelles les consommateurs n'expriment pas leur préférence pour un produit donné mais i) pourraient être intéressés par ce produit en l'absence d'asymétries de l'information ou de biais des consommateurs ; ou ii) des personnes autres que les consommateurs du produit pourraient être intéressées par ce produit (par exemple, les personnes qui n'achètent pas de viande en raison des effets sur l'environnement ou sur le bien-être animal, ou les futurs consommateurs potentiellement plus sensibles aux effets du changement climatique que les consommateurs actuels).

### **2.1.2. Difficulté n° 2 : Quels consommateurs prendre en compte ?**

67. La deuxième difficulté à laquelle sont confrontées les autorités de la concurrence dans l'application du cadre d'analyse standard aux considérations environnementales consiste à déterminer la catégorie de consommateurs qui profite des effets positifs sur l'environnement, mais aussi si les avantages dont bénéficient d'autres catégories de consommateurs peuvent être pris en compte.

68. Cette difficulté ne se présente pas dans les cas où les éventuels effets positifs sur l'environnement se révèlent être des effets hors prix profitant aux consommateurs escomptés (par exemple, sous la forme de nouvelles technologies respectueuses de l'environnement ou d'une amélioration de la qualité de durabilité des produits). Dans d'autres cas cependant, des avantages peuvent apparaître, entièrement ou en grande partie, au profit de personnes en dehors du marché concerné. Si une pratique ou une opération a trait à une dimension particulièrement complexe du changement climatique ou de la biodiversité (par exemple, la coopération visant à limiter la production de cuir à partir d'espèces menacées), il est également

possible que les avantages concrets soient uniquement ressentis par les consommateurs pertinents à un moment ultérieur ou par les générations futures.

69. Les juridictions ayant adopté un critère d'arbitrage des avantages pour l'intérêt général dans le cadre de l'évaluation de la compatibilité des accords avec le droit de la concurrence, comme la Nouvelle-Zélande ou l'Australie, peuvent prendre en compte les effets positifs découlant d'initiatives environnementales pour la société, à condition que ces effets soient supérieurs à tout préjudice dû à une baisse de la concurrence<sup>24</sup>. Dans d'autres pays, une interprétation stricte du critère de bien-être du consommateur peut exclure toute prise en compte de ces effets sur l'environnement (soit les effets sur l'environnement dont l'impact n'est pas de nature immédiatement économique et profitant aux consommateurs en dehors du marché pertinent, qu'il soit géographique, temporel ou de produits).

70. La jurisprudence américaine dans l'affaire *Amex* semble avoir ouvert la possibilité d'une prise en compte des effets bénéfiques et préjudiciables issus des deux côtés d'un même marché de transactions bilatérales<sup>25</sup>. L'opinion divergente du juge Breyer dans cette affaire (citant *Topco*<sup>26</sup>) montre toutefois les risques et les complexités de l'inclusion des effets sur différents marchés :

*un défendeur se fondant sur la loi Sherman ne peut que rarement, voire jamais, apporter la preuve qu'un avantage proconcurrentiel lié à un produit permet de contrebalancer une atteinte à la concurrence liée à un autre produit sur le même marché. Dans l'affaire [...] Topco [...], la Cour a déterminé que : « si une décision doit avoir pour objet de sacrifier la concurrence dans un segment de l'économie afin de permettre une meilleure concurrence dans un autre segment, [...] cette décision doit alors être prise par le Congrès et non par des acteurs du secteur privé ou par les tribunaux ».*

71. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>27</sup> et les lignes directrices actuelles sur l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFEU)<sup>28</sup> indiquent que les gains d'efficacité extérieurs à un marché donné ne peuvent normalement pas compenser les effets négatifs ressentis sur ce marché. Dans l'affaire *MasterCard*, la CJUE a également mis en avant que « l'interdépendance des marchés bilatéraux ne rend pas moins valable la règle générale selon laquelle une juste répartition des gains d'efficacité doit au moins profiter aux consommateurs affectés par la restriction ciblée »<sup>29</sup>.

72. Il apparaît ainsi que les effets extérieurs au marché peuvent généralement être pris en compte dans certaines juridictions, à la condition que la catégorie des consommateurs affectés par un accord et la catégorie des consommateurs bénéficiant des gains d'efficacité se recoupent de manière significative<sup>30</sup>.

73. On observe toutefois dans certains cas que les externalités positives peuvent également affecter (sans s'y limiter) les consommateurs escomptés en tant que partie intégrante de la société, et qu'il peut par conséquent être utile de prendre en compte ces externalités dans le cadre des analyses traditionnelles. Une récente note de synthèse des services de la Commission européenne semble en outre avoir entrouvert la voie à ce type d'interprétation. Elle confirme néanmoins qu'afin de garantir le respect du critère de bien-être du consommateur, les avantages extérieurs au marché ne peuvent en principe être pris en compte que lorsqu'ils profitent « de manière significative » au groupe de consommateurs affectés par les pratiques ou opérations anticoncurrentielles. Cette note précise en outre que :

*si un accord entraîne une réduction de la pollution pour la société tout entière, et en supposant que les avantages induits sont significatifs, une part importante de ces avantages peut être affectée aux consommateurs lésés (lesquels font partie intégrante de la société) afin de les dédommager du préjudice subi (Badea et al., 2021<sup>[11]</sup>).*

74. Le document pour discussion publié par la Commission grecque de la concurrence défend une définition encore plus large des consommateurs en tant qu'utilisateurs, selon laquelle :

*les utilisateurs sont actifs dans différentes sphères sociales en même temps et leurs intérêts sont bien plus étendus et divers que leurs seuls intérêts financiers dans un marché donné. L'approche actuelle, qui évalue simplement l'effet d'un accord spécifique sur les prix du marché pertinent, ne prend pas en considération la*

*complexité des interactions sociales et des interconnexions entre les différentes activités auxquelles participent les consommateurs [...]»<sup>31</sup>.*

75. Il existe une difficulté supplémentaire, mais néanmoins liée, concernant la nécessité de déterminer si un dédommagement total peut être nécessaire, autrement si les avantages environnementaux doivent compenser entièrement le préjudice découlant des pratiques ou opérations anticoncurrentielles ciblées. Sur cette question, le projet d'orientation des Pays-Bas prévoit que dans le cas d'accords environnementaux<sup>32</sup> relatifs à la réduction des externalités environnementales négatives, il serait possible de renoncer à une réparation intégrale. Les effets positifs de tels accords qui profitent à la société dans son ensemble pourraient également être pris en compte dans la mesure où

*il peut s'avérer juste de ne pas dédommager intégralement les utilisateurs en cas de préjudice découlant d'un accord lorsque la demande pour les produits concernés est pour ainsi dire à l'origine du problème auquel la société doit apporter des solutions. Ces utilisateurs jouissent par ailleurs finalement des mêmes avantages que le reste de la société.*

76. La modification de la Loi autrichienne sur les ententes entrée en vigueur en septembre 2021 semble adopter une approche similaire, élargissant de manière explicite l'argument des gains d'efficacité de sorte à inclure les accords anticoncurrentiels qui améliorent la production ou la distribution de biens, ou qui favorisent le progrès technique ou économique à des fins de protection de l'environnement. La disposition modifiée établit la présomption qu'une juste répartition des gains d'efficacité s'opère pour les consommateurs, et par conséquent qu'ils sont équitablement dédommagés du préjudice causé par l'accord ciblé, et ce, chaque fois qu'un accord contribue de manière significative à une économie écologiquement durable ou neutre sur le plan climatique (y compris en générant des effets extérieurs au marché)<sup>33</sup>.

77. Selon certains observateurs (Peeperkorn, 2020<sup>[40]</sup> ; Schinkel et Treuren, 2021<sup>[41]</sup> ; Veljanovski, 2021<sup>[43]</sup>), la prise en compte des effets extérieurs au marché est fondamentalement incompatible avec la nature même de l'évaluation d'impact sur la concurrence. Il existe en effet un risque que cette évaluation devienne particulièrement difficile à gérer et nécessite des opérations complexes de compensation (y compris entre différentes juridictions) faisant peser sur les autorités de la concurrence la charge d'établir des priorités de nature stratégique, et ce, tout en portant atteinte à la sécurité juridique. Dans la mesure où les interventions des autorités de la concurrence visant à faire appliquer la loi sont individualisées par nature, l'évaluation d'impact sur la concurrence peut s'avérer inadaptée pour traiter les externalités, lesquelles n'apparaissent pas en parallèle à l'existence d'un pouvoir de marché et pourraient donc donner lieu à des interventions relativement déséquilibrées<sup>34</sup>.

78. Il est également vrai que d'autres méthodes d'internalisation du coût des externalités peuvent s'avérer plus efficaces (la réglementation, notamment) du fait qu'elles permettent une application plus homogène. L'application du droit de la concurrence permet de n'internaliser les coûts que dans les marchés où des entreprises concurrentes peuvent décider si elles souhaitent coopérer ou fusionner et prendre l'initiative en la matière. Une telle approche peut contribuer à ne faire progresser les objectifs environnementaux que de certains secteurs spécifiques ou à établir un niveau d'internalisation des coûts non optimal et qui reste susceptible d'entraîner des abus.

79. Il a également été observé (Dolmans, 2020<sup>[10]</sup> ; Holmes, 2020<sup>[4]</sup>) que les accords environnementaux peuvent présenter des différences considérables par rapport à d'autres types d'accords visant à la réalisation d'objectifs stratégiques différents. Ce domaine revêt un caractère d'urgence et suscite un intérêt particulier pour les pouvoirs publics car il a trait à une crise existentielle subie par la société et l'humanité dans son ensemble. Ce domaine se distingue également, d'une part, par des externalités négatives importantes, dont l'ampleur est tout aussi caractéristique, mais aussi par le lien de causalité direct qui existe entre une pratique ou opération particulière et les externalités environnementales positives qu'elle génère (contrairement, par exemple, à la fusion entre des fabricants de tabac ou des chaînes de restauration rapide et leur incidence en matière de santé publique).

80. D'abord, concernant les problèmes pratiques liés à l'évaluation, d'une part, et les opérations de compensation entre les effets sur le marché et les effets extérieurs au marché, d'autre part, il convient de souligner que de nombreux domaines d'application du droit de la concurrence soulèvent des questions particulièrement complexes (les marchés numériques, par exemple) et restent néanmoins des priorités pour les autorités de la concurrence. La pertinence d'une évaluation d'impact n'est pas conditionnée à sa complexité, même si elle peut nécessiter des autorités de la concurrence qu'elles ajustent leurs outils d'analyse dans ces cas particuliers (voir les sections 3.4 et 5.5 ci-dessous). Inderst et Thomas (2021<sup>[44]</sup>) ont récemment formulé une proposition pour la mise en œuvre d'une analyse prospective du bien-être, prenant par exemple en compte les évolutions futures du consentement à payer des consommateurs, en raison d'une modification de leurs préférences ou en prédisant celles des nouveaux consommateurs.

81. S'agissant des aspects juridictionnels, bien que l'évaluation d'impact puisse être un exercice délicat, il en va de même des débats sur la coordination des activités d'application du droit dans une économie mondialisée, relativement par exemple au recueil de preuves numériques ou aux implications des différentes politiques en matière de clémence. Sur ce point, une coopération internationale pourrait s'avérer particulièrement fructueuse et constituer un domaine d'action à développer<sup>35</sup>.

82. Ensuite, concernant le fait qu'intégrer les effets extérieurs au marché exigerait des autorités de la concurrence qu'elles émettent un jugement de valeur arbitraire, lequel jugement n'aurait pas la légitimité démocratique nécessaire pour assigner une valeur à un résultat qui ne correspond pas aux préférences déclarées des consommateurs, il convient de noter que prendre uniquement en compte les préférences déclarées des consommateurs sans également tenir compte des asymétries de l'information ou des éventuels biais comportementaux, peut entraîner une sous-estimation de la valeur que les consommateurs attribuent aux effets sur l'environnement (Inderst et Thomas, 2021<sup>[30]</sup>), et par là même à des décisions tout aussi arbitraires. Les autorités de la concurrence ont par ailleurs déjà la possibilité d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le choix des affaires et des secteurs auxquels elles donnent la priorité (notamment dans les juridictions où les actions privées ne sont que peu développées).

83. Bien qu'elle ne soit pas dénuée de complexités, une solution intermédiaire à étudier consiste à prendre en compte les effets extérieurs au marché dont bénéficient des catégories de « consommateurs en devenir », soit les consommateurs qui n'ont actuellement pas d'inclination particulière pour un produit donné mais qui seraient susceptibles de l'acheter en l'absence d'asymétries de l'information ou de biais comportementaux, et qui bénéficient des avantages générés et les apprécient à leur juste valeur.

84. Enfin, s'agissant du manque d'homogénéité de cette approche, bien qu'il soit indéniable que les réglementations permettent une couverture plus exhaustive, il convient de souligner que les réglementations sont elles aussi souvent contraintes par des limites nationales, lesquelles peuvent entraîner l'apparition de conflits entre les différents cadres juridiques. Par ailleurs, la politique de la concurrence traite du pouvoir de marché et des pratiques et opérations qui ont une incidence significative sur les marchés. Les interventions des autorités de la concurrence sont donc susceptibles de procurer des avantages importants et peuvent cibler des secteurs de l'économie où ces effets positifs sont les plus prononcés.

85. D'un point de vue juridique, on peut donc vraisemblablement conclure qu'une approche envisageant la prise en compte de certains effets extérieurs au marché, pour autant qu'ils bénéficient également aux consommateurs escomptés ou à la catégorie pertinente de consommateurs, resterait dans le périmètre de l'interprétation traditionnelle du critère de bien-être du consommateur. La mise en œuvre de cette interprétation nécessiterait toutefois une meilleure compréhension des difficultés associées qui pourraient survenir, à savoir :

- Dans quel délai les effets sur l'environnement devraient-ils être pris en compte ?
- Comment concilier les effets sur l'environnement avec d'autres types d'effets, le cas échéant (effets sur les prix, la qualité, le choix, l'innovation, etc.) ?

- Comment évaluer et quantifier les effets sur l'environnement ?

86. Les deux premières questions sont abordées dans la section suivante. La troisième question est quant à elle traitée dans (OCDE, 2021<sup>[39]</sup>).

### **2.1.3. Difficulté n° 3 : Quel cadre temporel adopter pour la prise en compte des effets sur l'environnement ?**

87. Une difficulté supplémentaire à laquelle peuvent être confrontées les autorités de la concurrence dans la prise en compte des effets sur l'environnement consiste à déterminer les délais les mieux adaptés pour les évaluations d'impact sur la concurrence. Très souvent, les résultats des évaluations varient en fonction du cadre temporel choisi. À titre d'exemple, dans l'affaire des gaz d'échappement mentionnée ci-après (voir l'Encadré 4), le ministère américain de la Justice a ouvert une enquête à l'encontre de quatre constructeurs de véhicules ayant signé un accord volontaire avec l'État de Californie prévoyant des dispositions plus ambitieuses que les obligations légales imposées au niveau fédéral.

88. Si l'on devait adopter un cadre temporel court pour l'évaluation d'impact dans cette affaire, l'analyse se serait peut-être focalisée sur l'augmentation des prix et l'absence de choix pour les consommateurs souhaitant acquérir des véhicules moins onéreux bien que plus polluants. À l'inverse, en optant pour un cadre temporel plus long, l'autorité de la concurrence aurait peut-être également dû prendre en compte, par exemple, la réduction des émissions nocives due à l'utilisation de véhicules moins polluants, ou encore la baisse des coûts pour les consommateurs découlant des économies de carburant réalisées et de l'impact positif de l'innovation verte.

89. Il convient toutefois de tenir compte du fait que les cadres temporels généralement adoptés peuvent ne pas être adaptés pour saisir la pleine réalité des effets sur l'environnement. Les autorités de la concurrence doivent par conséquent déterminer à quelle échéance la pratique ou l'opération ciblée est le plus susceptible de procurer des avantages pour les consommateurs ou la société. Il peut être utile de définir plusieurs cadres temporels différents, par exemple pour l'analyse des améliorations de la qualité, lesquelles peuvent être perçues relativement rapidement par les consommateurs, ou encore pour les effets de l'innovation, lesquels peuvent nécessiter beaucoup plus de temps pour se concrétiser. Cette question est comparable à celle que l'on rencontre dans l'évaluation de la concurrence potentielle et des acquisitions prédatrices, et qui sera abordée plus en détail dans la section 5.4.

90. Des risques importants peuvent survenir, par exemple, lorsque l'on modifie la limite de durée d'une collaboration autorisée entre des concurrents, aussi bien en permettant une prolongation indue de cette coopération ou en exigeant sa fin anticipée. Les autorités de la concurrence peuvent opter pour un contrôle régulier des coopérations, tout en imposant aux parties concernées des obligations de transparence et de signalement, mais aussi définir des échéances fixes avec possibilité de révision ou de renouvellement, ou encore conditionner l'autorisation de coopération à l'existence de circonstances exceptionnelles (OCDE, 2020<sup>[45]</sup>). Les coopérations ont évidemment l'avantage de permettre aux autorités de la concurrence de réévaluer leur approche à une date ultérieure (voir, par exemple, OCDE (2020<sup>[46]</sup>) pour plus d'informations sur les mesures provisoires adoptées par l'autorité britannique de la concurrence et des marchés concernant l'accord établissant une entreprise commune transatlantique [*Atlantic Joint Business Agreement*] relatif aux liaisons aériennes entre le Royaume-Uni et les États-Unis). Cette option n'est toutefois pas disponible dans le cas du contrôle des fusions.

91. Concernant le cadre temporel des évaluations, un autre problème important consiste à déterminer si les avantages futurs escomptés devraient être pondérés, autrement dit s'il conviendrait de leur affecter une valeur inférieure aux avantages réalisés plus rapidement. Cela passe généralement par l'application d'un taux d'actualisation annuel cumulé sur la durée (OCDE, 2010<sup>[47]</sup> ; OCDE, 2021<sup>[48]</sup>).

92. L'identification des critères permettant l'établissement d'un cadre temporel et d'un mode de pondération adaptés aux évaluations d'impact est l'un des problèmes émergents les plus complexes au sujet duquel les autorités de la concurrence pourraient tirer profit d'un échange d'expérience.

#### **2.1.4. Difficulté n° 4 : Comment concilier les effets sur l'environnement avec d'autres types d'effets ?**

93. La dernière difficulté liée aux évaluations d'impact sur la concurrence consiste à trouver un équilibre entre les effets sur l'environnement et d'autres types d'effets (le cas échéant). Cette difficulté se présente également lorsque les effets sur l'environnement sont liés aux dimensions hors prix de la concurrence, dans la mesure où l'autorité de la concurrence peut par exemple avoir à concilier une augmentation de la qualité des performances environnementales avec une baisse de la qualité d'un autre paramètre, comme les performances techniques générales.

94. La jurisprudence et la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence en la matière reste toutefois très limitée<sup>36</sup>. Un certain nombre d'outils économiques pourraient néanmoins contribuer à affecter une valeur à la qualité et autres paramètres hors prix, mais aussi aux effets sur l'environnement lorsque cela s'avère nécessaire. Les autorités de la concurrence et les parties concernées ont également la possibilité de s'appuyer sur différentes approches méthodologiques issues de l'économie de l'environnement et utiles à la quantification des coûts environnementaux (voir également (OCDE, 2021<sub>[39]</sub>))<sup>37</sup>.

95. Reconnaisant les complexités inhérentes aux évaluations d'impact sur la concurrence, le projet d'orientation des Pays-Bas admet la possibilité que les entreprises puissent bénéficier de certains régimes de protection. Ainsi, une quantification des effets ne serait plus nécessaire et une évaluation quantitative serait suffisante dans deux situations : 1) lorsque les parts de marché combinées des entreprises parties à un accord s'élèvent à 30 % maximum ; et 2) lorsqu'il est de prime abord évident que les avantages escomptés sont très largement supérieurs aux effets d'une atteinte à la concurrence<sup>38</sup>.

## **2.2. Compatibilité et conflits entre concurrence et protection de l'environnement**

96. Tel que mentionné dans les sections précédentes, il est possible d'intégrer les considérations environnementales aux évaluations des autorités de la concurrence en les traitant comme des effets pertinents dans le cadre des évaluations d'impact sur la concurrence en matière de bien-être économique. Il existe différentes situations dans lesquelles la concurrence et les considérations environnementales vont dans le même sens et d'autres dans lesquelles elles s'opposent, que ce soit relativement aux accords, aux abus de position dominante ou encore au contrôle des fusions.

97. On peut ainsi rencontrer quatre types de comportements ou de fusions :

#### **Situations de compatibilité entre concurrence et protection de l'environnement :**

- Comportement ou fusion défavorable à la concurrence et préjudiciable à l'environnement
- Comportement ou fusion favorable à la concurrence et bénéfique pour l'environnement

#### **Situations de conflit potentiel entre concurrence et protection de l'environnement :**

- Comportement ou fusion défavorable à la concurrence mais bénéfique pour l'environnement
- Comportement ou fusion favorable à la concurrence mais préjudiciable à l'environnement

98. Le reste du présent document s'intéresse tout particulièrement à la première et à la troisième de ces catégories, représentant les situations dans lesquelles les autorités de la concurrence peuvent avoir davantage d'impact sur la réalisation de certains résultats en matière d'environnement qui relèvent de leur compétence, ou les situations pour lesquelles les discussions sont plus avancées. La catégorie qui fait

actuellement le plus débat correspond aux situations où un conflit apparaît entre la politique de la concurrence et la protection de l'environnement, et ce, en raison d'un comportement ou d'une fusion potentiellement défavorable à la concurrence mais qui procure des avantages significatifs pour l'environnement, au point d'excuser ou de justifier ce comportement ou cette fusion.

## 3. Considérations environnementales dans les accords anticoncurrentiels et de coopération

99. Cette section propose différents exemples de catégories d'accords proconcurrentiels associés à des avantages environnementaux ou de situations dans lesquelles les effets sur l'environnement coïncident avec des atteintes à la concurrence. Elle examine ensuite les accords anticoncurrentiels et les accords de coopération dans lesquels les gains d'efficacité environnementaux ont été ou pourraient être pris en compte par les autorités de la concurrence, puis aborde la manière dont ces analyses ont été ou pourraient être réalisées.

### 3.1. Compatibilité entre la concurrence et la protection de l'environnement

#### 3.1.1. Accords proconcurrentiels associés à des avantages environnementaux

100. Les exemples d'accords susceptibles d'être associés à des avantages environnementaux et de ne pas entraîner d'atteinte au droit de la concurrence peuvent inclure :

- les accords ou les déclarations d'intention visant à définir volontairement des objectifs communs, comme les intentions collectives de réduction des émissions de CO<sub>2</sub>, et dont les contributions particulières de chaque participants ne sont pas contraignantes ;
- les accords visant à définir volontairement des normes ou des systèmes de certification pour le respect de conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ;
- les accords visant à améliorer la qualité des produits, sans augmentation des coûts ou limitation du choix, et permettant une élimination progressive des produits les plus polluants et les moins durables ;
- les accords nécessaires au développement de nouveaux produits, à la réalisation d'économies d'échelle ou à la création d'un nouveau marché ;
- les accords grâce auxquels une entreprise garantit que les autres entreprises avec lesquelles elle interagit tout au long de la chaîne d'approvisionnement respectent les normes nationales et internationales auxquelles elles sont soumises (en matière de préservation des ressources naturelles, par exemple)<sup>39</sup>.

#### 3.1.2. Accords anticoncurrentiels associés à des atteintes à l'environnement

101. Il existe un certain nombre de situations dans lesquelles le droit de la concurrence peut interdire des accords qui se révèlent également préjudiciables à l'environnement<sup>40</sup>. C'est notamment le cas des ententes d'écoblanchiment, dans le cadre desquelles les entreprises peuvent dissimuler leurs intentions anticoncurrentielles sous couvert d'allégations de durabilité, ou encore des accords anticoncurrentiels

limitant les incitations pour les entreprises à investir dans le recyclage<sup>41</sup>, la réduction des déchets ou l'innovation verte. C'est également le cas de toutes les situations où la plus-value environnementale d'un produit est une dimension de la concurrence et où la détérioration de cette valeur est considérée comme préjudiciable au bien-être économique.

102. Dans la récente affaire des gaz d'échappement, par exemple, la Commission européenne a imposé des amendes à cinq constructeurs pour s'être entendus dans le but de ralentir l'entrée sur le marché de la technologie de réduction des émissions d'oxyde d'azote pour les véhicules à moteur diesel. Cette technologie de réduction catalytique sélective, développée grâce à un effort de coopération entre les parties, aurait permis une diminution des émissions nocives au-delà du niveau légal imposé dans l'Union européenne. Malgré la disponibilité immédiate de cette technologie, les entreprises concernées ont convenu d'échelonner sa mise sur le marché et d'ainsi conserver leur avantage concurrentiel afin d'en tirer davantage de bénéfices.

103. Dans cette affaire, la Commission européenne a déterminé que ce type de collusion basé sur une dimension hors prix de la concurrence (soit le développement technique) constituait une entente par objet, dont le caractère préjudiciable ne nécessite aucun examen des effets sur le marché<sup>42</sup>. Dans la mesure où il s'agissait de la première affaire d'entente de ce type, la Commission a fait part de ses recommandations aux parties concernées sur les aspects de l'entente qui ne posaient aucun problème.

### Encadré 1. Commission européenne – Gaz d'échappement

La Commission européenne a ouvert une enquête à l'encontre de Daimler, BMW et Volkswagen Group (Volkswagen, Audi et Porsche) et a condamné ces constructeurs à une amende pour s'être entendus afin de limiter le développement de technologies avancées d'épuration des émissions d'oxyde d'azote.

L'enquête s'est intéressée au développement d'une technologie de réduction catalytique sélective utilisée pour filtrer les gaz d'échappement de voitures à moteur diesel avant leur libération dans l'atmosphère. À ces fins, de l'urée (appelée dans ce cas « AdBlue ») est conservée dans un réservoir spécial installé dans le véhicule, puis injectée dans le flux d'échappement afin de réduire la pollution.

Les constructeurs automobiles se sont rencontrés régulièrement entre 2009 et 2014 afin de développer conjointement des systèmes de réduction catalytique sélective pour des voitures particulières à moteur diesel répondant aux obligations réglementaires de l'Union européenne. Ils ont toutefois dépassé le périmètre autorisé de cette collaboration en s'accordant pour standardiser les tailles et gammes des réservoirs d'AdBlue et définir une consommation moyenne de ce produit, tout en échangeant des informations sensibles. Ils ont également convenu de ne pas se livrer concurrence dans l'innovation de technologies de traitement des émissions au-delà des obligations légales.

La Commission a estimé que cet accord était constitutif d'une infraction par objet sous la forme d'une limitation du développement technique telle que prévue à l'article 101(1)(b) du TFEU.

Les constructeurs automobiles ont trouvé un accord avec la Commission, reconnaissant leur participation à cette entente, et ont été condamnés à payer une amende totale de 875 millions EUR. Pour établir le montant final de cette amende, la Commission a tenu compte du fait qu'il s'agissait de la première décision d'interdiction d'entente fondée sur une limitation du développement technique. Elle a également publié des orientations complètes à l'intention des parties, précisant clairement quels aspects de cette coopération restaient parfaitement acceptables, comme la standardisation des goulots de remplissage, les normes de qualité de l'AdBlue ou encore le développement conjoint d'une plateforme logicielle pour le dosage d'AdBlue.

Source : Commission européenne, Communiqué de presse du 8 juillet 2021, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à des constructeurs automobiles une amende de 875 millions pour restriction de la concurrence concernant l'épuration des gaz d'échappement émis par les nouvelles voitures à moteur diesel ».

104. Des infractions similaires au droit de la concurrence peuvent apparaître lorsque des concurrents conviennent de s'abstenir de toute publicité sur les caractéristiques d'un produit, réduisant ainsi la concurrence sur la base d'éléments de différenciation. Dans une affaire liée au secteur des revêtements de sols résilients, l'autorité française de la concurrence a découvert que des entreprises concurrentes et leur syndicat professionnel avaient conclu un accord visant à limiter la communication sur les performances environnementales de leurs produits, au-delà de ce qui pouvait être prévu par la loi. Bien que les parties aient prétendu que cet accord n'avait d'autre objet que d'éviter un « dangereux marketing vert », l'autorité de la concurrence a fait part de ses inquiétudes concernant la possibilité qu'une telle pratique ne fausse les décisions d'achat des consommateurs et ne décourage les fabricants de proposer des produits plus innovants et plus respectueux de l'environnement<sup>43</sup>.

### Encadré 2. Autorité française de la concurrence – Revêtements de sols résilients

En 2017, l'autorité française de la concurrence a ouvert une enquête à l'encontre des principaux fabricants de revêtements de sols PVC et linoléums pour infraction au droit de la concurrence.

L'autorité considérait que ces entreprises avaient partagé des informations commerciales et stratégiques confidentielles, s'étaient livrées à des pratiques d'entente sur les prix et avaient conclu un accord visant à interdire toute communication sur les performances environnementales individuelles de leurs produits. Les parties ne communiquaient sur ces performances qu'à partir de fiches collectives élaborées par leur syndicat professionnel.

L'autorité de la concurrence a considéré que cet accord, entre autres éléments, limitait les incitations à l'innovation et à la production de produits plus durables. L'autorité a également ouvert une enquête à l'encontre de ce syndicat professionnel pour son rôle actif dans la mise en place de cette entente. Les fabricants et le syndicat professionnel ont été condamnés à payer une amende totale de 302 millions EUR.

Source : Autorité française de la concurrence (2017), Décision 17-D-20 du 19 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-revetements-de-sols-resilients>.

105. Il apparaît clairement que les autorités peuvent faciliter la réalisation des objectifs de protection de l'environnement en prenant en compte toutes les répercussions des effets dynamiques. Les affaires présentant une dimension environnementale peuvent ainsi contribuer fortement à dévier l'attention des autorités de la concurrence, jusque-là centrée exclusivement sur les effets sur les prix, et à la reporter sur une analyse holistique à la fois des effets statiques et des effets dynamiques, et ce, sans qu'il soit nécessaire de modifier le cadre juridique en place (Volpin, 2021<sup>[35]</sup>).

## 3.2. Conflit entre la concurrence et la protection de l'environnement

### 3.2.1. Accords potentiellement anticoncurrentiels associés à des avantages environnementaux

106. Bien qu'identifiés comme préjudiciables à la concurrence dans une première analyse, certains accords peuvent toutefois remplir les conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption ou générer des effets bénéfiques supérieurs aux effets de la restriction de la concurrence visée ou qui procurent des avantages aux consommateurs.

107. Ces types d'accords font l'objet d'un intérêt accru dans le débat actuel car leur autoévaluation peut s'avérer plus complexe dans les systèmes ne prévoyant pas d'autorisation préalable. L'incertitude perçue concernant leur légalité a été soulignée comme l'une des raisons pour lesquelles les entreprises sont hésitantes à envisager de telles coopérations.

108. Lorsqu'elles évaluent la compatibilité de ces accords avec le droit de la concurrence, les autorités doivent dès le début être conscientes du risque qu'une coopération légitime ne finisse par donner lieu à une restriction de la concurrence, comme dans le cadre d'ententes sur les prix ou sur le niveau de qualité, ou dans les cas de partage d'informations sensibles sur le plan commercial (OCDE, 2015<sup>[49]</sup>). L'analyse des autorités de la concurrence pourrait ainsi prendre en compte la nature de l'accord, les restrictions à la concurrence réelles ou potentielles découlant de l'accord, le pouvoir de marché des parties concernées ou encore l'incidence de cet accord sur les incitations pour les entreprises à se livrer concurrence.

### 3.2.2. Problèmes de concurrence et considérations d'efficience

109. Pour déterminer la légalité de tels accords, l'analyse devra intégrer une évaluation individuelle des effets et des gains d'efficience qu'ils permettent d'obtenir (OCDE, 2015<sup>[49]</sup>). De nombreuses juridictions s'appuient sur un cadre permettant i) de prendre en compte les gains d'efficience ; et, ii) à condition que certains critères soient respectés, d'autoriser les restrictions anticoncurrentielles. Ces critères à respecter prévoient généralement que :

- l'accord doit profiter aux consommateurs (par exemple, grâce une amélioration des processus de production ou de distribution des biens, ou encore des processus techniques ou économiques) ;
- l'accord doit être nécessaire pour atteindre l'objectif visé (ou l'objectif ne peut être atteint par des moyens moins restrictifs) ;
- l'accord ne doit pas limiter la concurrence de façon significative pour le produit concerné.

110. À titre d'exemple, dans l'affaire *Philips/Osram*, la Commission européenne a accepté que l'entreprise commune se traduise pour les consommateurs par des avantages directs et indirects découlant d'une réduction de la pollution de l'air. Les parties avaient avancé que l'entreprise commune permettrait des économies dues

*à un éventail de production plus large, à la rationalisation, à la réduction des frais généraux, à la souplesse d'utilisation des fours, à la réduction des coûts d'énergie et de protection de l'environnement et au partage des coûts de la recherche et du développement consacrés à la mise au point de produits de substitution pour le verre au plomb<sup>44</sup>.*

111. Bien que toutes les conditions aient pu être réunies pour autoriser l'accord, les débats, plus particulièrement dans l'Union européenne, se sont principalement focalisés sur le premier critère (soit les avantages pour les consommateurs), considéré comme relativement problématique dans le cas d'accords environnementaux (voir la section 2.1.2).

112. Les sections suivantes décrivent trois exemples d'accords potentiellement concurrentiels susceptibles d'avoir un impact compensateur positif sur l'environnement.

#### *Coopérations horizontales visant à soumettre leurs participants à des normes environnementales plus exigeantes que celles prévues par la loi*

113. Les accords de normalisation en faveur de l'environnement peuvent contribuer à surmonter le handicap d'antériorité, car sans un tel accord il est peu probable que les acteurs du marché intègrent des normes environnementales plus ambitieuses dans leurs activités de production, de distribution et de commercialisation<sup>45</sup>. Ils peuvent toutefois entraîner une augmentation des prix, empêcher un accès efficace aux normes et s'avérer problématiques lorsqu'ils ont pour objet d'ajuster le niveau de qualité de l'innovation introduit sur le marché par des concurrents sur un secteur donné, conduisant ainsi à un ralentissement de l'investissement, de l'innovation et des progrès en matière de qualité (OCDE, 2014<sup>[50]</sup> ; OCDE, 2010<sup>[51]</sup>). Les autorités de la concurrence doivent donc rester vigilantes afin d'identifier tout effet anticoncurrentiel potentiel qui surviendrait sous la forme d'une restriction de l'entrée sur le marché, de la création d'obstacles à l'entrée ou d'une facilitation de la coordination et du partage d'informations.

114. Ces accords peuvent toutefois également avoir des effets favorables à la concurrence s'ils se traduisent par exemple par une baisse des coûts de conversion, une consommation réduite des ressources, une correction des asymétries de l'information pour les consommateurs ou une résolution des problèmes de coordination.

115. Un analyse visant à établir une norme permettant de déterminer si un accord est compatible avec le droit de la concurrence pourrait, entre autres, couvrir les aspects suivants :

- les parts de marché ;

- la portée de l'accord ;
- l'existence de pressions de la part de concurrents existants ou à venir ;
- la disponibilité d'autres normes.

116. Des accords de normalisation peuvent être élaborés afin d'atteindre des objectifs environnementaux tout en préservant une structure de marché concurrentielle et en augmentant le bien-être des consommateurs. Bien que des normes obligatoires puissent parfois être plus efficaces, le critère de nécessité tend à écarter tout accord potentiellement inutile dans les situations où une norme environnementale ou un label de qualité commun aurait permis d'atteindre les mêmes résultats. Les accords de normalisation s'appuyant sur une structure volontaire, transparente, ouverte et non exclusive ont plus de chances d'être compatibles avec le droit de la concurrence.

117. Un exemple souvent mentionné pour illustrer ce type d'accord (lequel est principalement lié au bien-être animal mais avec certaines retombées sur le plan de la santé et de la protection de l'environnement) concerne l'affaire *Chicken of Tomorrow* aux Pays-Bas (voir l'Encadré 3). L'initiative *Chicken of Tomorrow* était fondée sur un accord entre les entreprises de la filière avicole, du secteur de la transformation de viande à griller et du secteur des supermarchés, et visait à remplacer les volailles élevées selon les méthodes conventionnelles par des volailles élevées selon des normes de bien-être animal plus exigeantes<sup>46</sup>. L'autorité néerlandaise de la concurrence a constaté que les consommateurs étaient disposés à payer un prix supérieur à la fois aux fins de l'amélioration des conditions de vie des volailles et des avantages environnementaux associés, mais seulement à hauteur de la moitié de l'augmentation estimée.

### Encadré 3. ACM – Chicken of Tomorrow

En 2013, les détaillants et producteurs de viande de poulet de chair ont conclu un accord les engageant à produire et à vendre uniquement des poulets élevés conformément à des normes supérieures de durabilité et de bien-être animal. Cette initiative aurait imposé des exigences minimales en termes d'allongement de la durée de croissance, de tailles des cages, de périodes d'obscurité, de recours aux antibiotiques, de durabilité de l'alimentation et de réduction des émissions.

L'*Autoriteit Consument & Markt* (ACM) a estimé que cet accord aurait pour conséquence, d'une part, de restreindre le choix des consommateurs, dans la mesure où les producteurs refusant d'appliquer ces normes n'auraient plus la possibilité de commercialiser leurs produits dans les supermarchés, et, d'autre part, d'augmenter le prix de la viande de poulet d'environ 1.46 EUR/kg. Les détaillants participants représentaient la majorité des supermarchés aux Pays-Bas, avec une part de marché cumulée de 95 % de la viande de poulet vendue aux consommateurs néerlandais.

Pour évaluer leur consentement à payer, l'ACM a réalisé une enquête auprès des consommateurs et leur demandé la valeur qu'ils accordent aux critères de bien-être animal et de durabilité, ainsi qu'à la santé publique dans leurs décisions d'achat (« analyse conjointe »).

L'enquête a révélé que les consommateurs accordent de l'importance aux critères de bien-être animal et de durabilité, mais pas au point de compenser l'augmentation des prix. Les consommateurs ont déclaré être prêts à payer 0.68 EUR/kg de plus pour des normes plus exigeantes en matière de bien-être animal et 0.14 EUR/kg pour des effets positifs supérieurs en faveur de l'environnement. L'avantage total de 0.82 EUR/kg pour les consommateurs correspond à environ la moitié de l'augmentation de prix estimée par la mise en œuvre de cette initiative, soit 1.46 EUR/kg.

L'ACM a en outre considéré qu'il existait d'autres formes moins restrictives de concurrence permettant de stimuler la vente de poulets produits de manière durable, et a contesté le fait que cette initiative était nécessaire et constituait l'approche la moins restrictive disponible pour atteindre l'objectif recherché.

Source : *Autoriteit Consument & Markt* (ACM) (2014), *Analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*, ACM/DM/2014/206028, [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/13789\\_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf).

118. Une récente enquête menée par le ministère américain de la Justice (voir l'Encadré 4 ci-dessous) a cherché à déterminer si un accord amiable entre quatre constructeurs de véhicules et l'État de Californie était susceptible d'entraîner l'apparition de problèmes de concurrence<sup>47</sup>. Bien que cette affaire n'ait encore donné lieu à aucune décision, les autorités de la concurrence peuvent avoir intérêt à examiner avec soin les préoccupations analogues dans des affaires où des normes ont été imposées afin de supprimer l'utilisation de certains intrants ou substances spécifiques, considérés comme potentiellement préjudiciables à l'environnement, nuisibles à la qualité de l'air et de l'eau douce, ou à l'origine d'un gaspillage important de ressources naturelles. Les autorités de la concurrence peuvent également avoir à déterminer si ces types d'accords sont associés à un effet de verrouillage pour les fournisseurs ou les clients, et si cet effet est, en pratique, compensé par les effets positifs pour l'environnement. Il est par ailleurs important de souligner que le cadre temporel utilisé comme référence dans l'évaluation peut affecter de façon significative ses résultats (voir également la section 5.4).

#### Encadré 4. Ministère américain de la Justice – Émissions automobiles

En juillet 2019, l'État de Californie et quatre constructeurs automobiles ont conclu un accord-cadre sur les normes de consommation de carburant régi par le *California Air Resources Board*. Cet accord avait pour objectif de permettre une baisse de la consommation moyenne de carburant de 37 milles par gallon (15.73 km/L) à 51 milles par gallon (21.68 km/L) d'ici à 2026, ainsi qu'une réduction des émissions moyennes en dessous de la norme nationale.

En septembre 2019, le ministère de la Justice a ouvert une enquête afin de déterminer si cet accord pouvait constituer une infraction au droit des ententes, s'inquiétant de la possibilité qu'il entraîne une augmentation des prix en limitant les gammes de véhicules autorisés à circuler en Californie. En février 2020, le ministère a clos son enquête sans porter d'accusation contre les constructeurs automobile.

Source : Davenport, C. (2020), « *Justice Department Drops Antitrust Probe Against Automakers That Sided With California on Emissions* », *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2020/02/07/climate/trump-california-automakers-antitrust.html>.

#### *Coopérations horizontales visant à éliminer progressivement un type de produit moins respectueux de l'environnement*

119. Les accords visant à mettre fin à la commercialisation d'une gamme de produits plus polluants ou moins respectueux de l'environnement constituent une autre catégorie d'accords susceptibles de susciter des inquiétudes. Ces accords peuvent ainsi avoir pour effet de limiter le choix pour les consommateurs, d'augmenter les prix, voire, d'après certains, d'affecter de façon négative le prix de produits haut de gamme même lorsque des produits d'entrée de gamme sont visés<sup>48</sup>.

120. L'affaire *CECED* (voir l'Encadré 5 ci-dessous) illustre parfaitement ce type d'accord. En l'espèce, la Commission européenne a autorisé qu'un accord entraîne la disparition de lave-linge affichant un faible indice de performances énergétiques et bloque leur importation dans l'Union européenne<sup>49</sup>. La Commission européenne a ainsi compensé l'augmentation des prix due à l'introduction de nouveaux modèles grâce aux économies de coûts individuelles et aux avantages sociétaux découlant de la baisse des émissions. La Commission a conclu que « *les avantages sociaux offerts par l'accord du CECED sont plus de sept fois supérieurs aux surcoûts imposés aux consommateurs à l'achat de lave-linge plus efficaces d'un point de vue énergétique* »<sup>50</sup>.

### Encadré 5. Commission européenne - CECED

Des fabricants d'appareils ménagers et leurs syndicats professionnels nationaux se sont coordonnés à l'échelon européen par l'intermédiaire du Conseil européen de la construction électrodomestique (CECED) afin d'établir ensemble un accord visant à améliorer l'efficacité énergétique des lave-linge à usage domestique sur le marché européen. La part de marché cumulée des participants à cet accord s'élevait alors à plus de 90 %.

Les lave-linge vendus sur le marché européen font l'objet d'une classification sur une échelle de A à G en fonction de critères d'efficacité énergétique définis dans une directive de la Commission. Les parties à l'accord se sont engagées à n'importer ou ne produire que des lave-linge classés au moins D à partir de 1998, puis classés au moins C après 2000. Des exceptions ont été autorisées pour certains types de lave-linge compacts. Les participants à cet accord renforceraient également l'information des consommateurs et assureraient la promotion des technologies d'économie d'énergie. Dans le cadre de cet accord, il revenait au CECED de contrôler le respect des engagements et de rendre compte de sa mise en œuvre.

Les lave-linge les plus efficaces du point de vue énergétique représentent des coûts de production plus élevés mais, dans la mesure où les lave-linge sont des biens durables, la consommation électrique répartie sur la durée de vie du produit constitue une composante importante du coût. Les parties ont estimé que l'accord générerait des économies d'énergie de l'ordre de 7.5 térawattheures (TWh) sur une consommation énergétique totale estimée à 38 TWh pour un lave-linge en 1995. Les importateurs et les fabricants non soumis à l'accord pourraient continuer de vendre des lave-linge moins économes en énergie.

L'accord a été communiqué à la Commission en 1997, conformément à l'ancien régime de notification. La Commission a considéré que l'accord limitait le choix des consommateurs, les obligeant à choisir parmi une gamme de lave-linge plus efficaces d'un point de vue énergétique, mais aussi plus onéreux.

La Commission a estimé que l'accord permettrait également de générer des gains d'efficacité pour les consommateurs et la société dans son ensemble. Les consommateurs bénéficieraient en effet de coûts d'électricité plus faibles sur la durée du cycle de vie du produit. Suivant la fréquence d'utilisation et le prix de l'électricité, l'augmentation des coûts pourrait être compensée sous 9 à 40 mois. L'accord serait aussi susceptible de stimuler la recherche pour des lave-linge toujours plus économes en énergie, mais aussi de renforcer la différenciation des produits sur le long terme.

La Commission a également réalisé une évaluation des avantages environnementaux collectifs. D'après le CECED, le volume d'émissions évitées grâce à la baisse de la consommation d'électricité s'élèverait à environ à 3.5 millions de tonnes de dioxyde de carbone, 17 000 tonnes de dioxyde de soufre et 6 000 tonnes de protoxyde d'azote par an d'ici à 2010. La Commission a estimé les économies correspondantes entre 41 et 61 EUR par tonne de dioxyde de carbone, entre 4 000 et 7 000 EUR par tonne de dioxyde de soufre et entre 3 000 et 5 000 EUR par tonne de protoxyde d'azote en atteintes à l'environnement évitées.

La Commission a conclu, d'une part, que les gains d'efficacité obtenus étaient supérieurs au préjudice subi et, d'autre part, que l'accord ne pouvait être remplacé par une autre solution moins restrictive, comme l'établissement d'un objectif sectoriel, la mise en œuvre de campagnes d'information ou encore l'adoption d'un écolabel européen. La Commission a donc approuvé l'initiative jusqu'à la fin de 2001, fondant sa décision sur les avantages économiques individuels et les avantages environnementaux collectifs induits par cet accord.

Source : Décision de la Commission, *CECED*, Affaire IV.F.1/36.718, 2000/475/EC (2000), Journal officiel n° L 187/47, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0475&from=EN>.

121. L'analyse d'impact sur la concurrence doit prendre en compte la possibilité que l'élimination de certaines gammes de produits réduise les incitations à l'investissement dans l'innovation ou se traduise par un plafonnement des normes de qualité dans un certain marché. Cela peut dépendre des parts de marché que représentent les entreprises parties à l'accord ou du fait qu'il subsiste une forte pression concurrentielle sur le marché ou exercée contre ce marché. De manière générale, plus la restriction de la concurrence découlant d'un accord est importante, plus les gains d'efficacité escomptés peuvent être importants.

*Coopérations horizontales visant à établir des actions communes et un partage d'infrastructures à des fins environnementales*

122. Ce type d'accord a pour objectif de permettre aux parties de surmonter les problèmes de coordination et d'atteindre une échelle suffisante pour la réalisation d'objectifs environnementaux. Ces accords peuvent consister en la création de réseaux, de programmes de certification ou d'autres types d'actions destinées à répartir entre les différents participants les coûts inhérents à la mise en œuvre d'une nouvelle initiative pour la protection de l'environnement. Ces initiatives peuvent inclure la collecte et le recyclage d'emballages en plastique et autres matériaux, de piles et batteries usagées, ou encore d'appareils électroniques potentiellement dangereux pour l'environnement s'ils ne sont pas mis au rebut de manière adaptée.

123. Ces initiatives peuvent entrer dans le cadre d'accords de R-D, d'accords de spécialisation ou d'accords nécessaires au développement d'un nouveau service ou à la création d'un nouveau marché. Dans certains cas, elles peuvent toutefois engendrer des problèmes de concurrence lorsqu'elles entraînent une réduction ou un ralentissement de l'innovation, ou un verrouillage du marché, ou encore si le service concerné est assuré par un prestataire affichant une part de marché importante<sup>51</sup>.

124. La Commission suisse de la concurrence a ouvert une enquête relative à un accord de spécialisation entre Swico et Sens dans le domaine du recyclage des déchets électroniques. Les deux entreprises avaient convenu de se focaliser sur le recyclage de différents types d'équipements électroniques et mis en place une redevance obligatoire pour les fabricants et les détaillants de produits électroniques afin de compenser le coût du recyclage. L'autorité de la concurrence a estimé que cet accord permettait une réduction des coûts de transaction, ainsi que des économies d'échelle pour un recyclage plus efficace. La décision mettait en avant qu'une entrée potentielle sur le marché d'autres entreprises de recyclage engendrait une pression concurrentielle suffisante sur les entreprises parties à l'accord (OCDE, 2012<sup>[52]</sup>).

### 3.3. Considérations environnementales dans les accords verticaux

125. La prise en compte de considérations environnementales peut également être nécessaire dans le cas d'accords verticaux, dans la mesure où l'une des principales difficultés en termes d'objectifs environnementaux auxquelles les entreprises sont aujourd'hui confrontées consiste à garantir le respect des normes de développement durable tout le long de la chaîne d'approvisionnement. Les accords verticaux n'ont jusqu'à maintenant que peu été au centre des débats, comme le confirme le document de travail des services de la Commission européenne relatif à l'évaluation du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux de 2020. Le rapport précise ainsi qu'« aucun problème spécifique lié aux accords de durabilité dans la chaîne d'approvisionnement verticale n'a pu être identifié lors de l'évaluation »<sup>52</sup>.

126. Ces accords posent généralement moins de problèmes que les coopérations horizontales, bien qu'ils puissent dans des circonstances particulières entraîner l'éviction de certains fournisseurs, affaiblir la concurrence et faciliter les ententes (OCDE, 2021<sup>[53]</sup>).

127. Un accord vertical environnemental pourrait par exemple être envisagé dans une situation où des fabricants ou des fournisseurs, souhaitant protéger ou subventionner des investissements dans des normes environnementales plus exigeantes pour leurs produits, décident d'imposer un prix de vente minimum aux revendeurs. Ce type d'accord, en protégeant la marge des distributeurs, pourrait stimuler les ventes de produits vertueux, et générer ainsi des avantages aussi bien pour les consommateurs que sur le plan de l'environnement. Ce type d'accord pourrait toutefois également s'avérer préjudiciable aux consommateurs s'il donne lieu à d'importantes augmentations des prix qui ne seraient pas compensées par une augmentation équivalente de la qualité écologique des produits. Les pratiques de prix de vente imposés sont cependant généralement considérées comme de graves atteintes au droit de la concurrence. Il conviendrait donc que des effets bénéfiques considérables sur l'environnement soient générés pour pouvoir répondre au critère d'efficacité dans de telles circonstances.

128. S'agissant de la distribution sélective, la question de la pertinence d'un critère de sélection fondé sur la durabilité environnementale parmi les conditions de participation d'un distributeur à un système de distribution sélective, lorsque ce critère n'est pas nécessaire à la vente d'un produit mais procure des avantages sociaux objectifs, s'est posée dans le cadre de la consultation de l'autorité britannique de la concurrence (*UK Competition and Markets Authority*, CMA) relativement au règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux<sup>53</sup>.

129. Certains travaux théoriques récents semblent indiquer qu'une coordination verticale des investissements dans les technologies vertes soutenus par les détaillants pourrait, en raison de la proximité de ces derniers avec la demande des consommateurs, entraîner des gains d'efficacité plus importants que des investissements soutenus par les fabricants (Wang et al., 2020<sup>[54]</sup>). Un exemple d'accord de ce type pourrait consister à ce qu'un détaillant couvre une partie des coûts d'investissement afin de permettre à un fabricant de se conformer aux normes environnementales en échange d'un contrat d'exclusivité à long terme.

### 3.4. Éléments probants

130. L'évaluation d'impact sur la concurrence doit être réalisée avec un niveau de rigueur constant, même s'il peut être demandé aux autorités de la concurrence de tenir compte du contexte social et économique dans lequel se forme une coopération, ainsi que des défaillances spécifiques affectant le marché concerné. Le parallèle avec les chocs de marché découlant de la crise du COVID-19 a été établi de sorte à mettre en avant comment ce type d'approche contextuelle peut être adopté dans des circonstances exceptionnelles (OCDE, 2020<sup>[46]</sup>).

131. Tel que mentionné dans la section 2. , puis dans la section 5. , il peut être utile d'adopter une approche différente de l'évaluation de la probabilité d'effets environnementaux, du cadre temporel, mais aussi de la nécessité de quantifier les préjudices et les gains d'efficacité.

132. Bien que l'attribution de la charge de la preuve nécessite des parties qu'elles apportent des éléments probants pour appuyer leurs allégations, y compris des mesures crédibles permettant la quantification des avantages environnementaux<sup>54</sup>, la norme de preuve appliquée par les autorités de la concurrence (soit le volume et la solidité des preuves requises pour convaincre les autorités de l'existence d'un préjudice ou de gains d'efficacité potentiels) peut nécessiter d'être ajustée de manière à répondre à des besoins spécifiques.

133. Cela peut notamment être nécessaire lors de l'évaluation des effets dynamiques ou des gains d'efficacité liés à la qualité écologique, au choix et à l'innovation.

134. S'agissant des gains d'efficience, il a été observé que, de la même manière que les autorités ne devraient pas négliger les préoccupations en matière d'innovation du fait qu'elles sont plus difficiles à mettre en évidence, les autorités peuvent considérer qu'un ajustement de la norme de preuve est nécessaire pour la prise en compte des gains d'efficience découlant de l'innovation. Richard J. Gilbert (2020<sup>[55]</sup>) a ainsi récemment écrit que :

*les autorités de la concurrence peuvent ignorer les économies de R-D car il s'agit d'économies de coûts fixes, et il est possible qu'elles les considèrent comme démesurément spéculatives du fait que tout avantage pour les consommateurs découlant de telles économies n'apparaîtrait que dans un avenir lointain, voire jamais. Néanmoins, au même titre que les autorités de la concurrence ne devraient pas négliger les préoccupations en matière d'innovation simplement parce que ces dernières ne peuvent être mises en évidence avec un degré de certitude élevé, les autorités ne devraient pas appliquer une norme de preuve déraisonnable pour attester des économies de R-D ou des gains d'efficience associés [...].*

## 4. Considérations environnementales dans les affaires d'abus de position dominante

135. Jusqu'à maintenant, les débats relatifs aux considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence ont essentiellement porté sur la coopération et les accords horizontaux. Des observateurs ont toutefois mis en avant, d'une part, qu'il serait possible d'imaginer des cas où des situations préjudiciables d'abus de position dominante se traduisent par des atteintes à l'environnement<sup>55</sup> et, d'autre part, que certains estiment que les considérations environnementales pourraient être prises en compte dans l'évaluation de comportements unilatéraux en tant que justifications objectives ou proconcurrentielles (Holmes, 2020<sup>[4]</sup>)<sup>56</sup>.

### 4.1. Compatibilité entre la concurrence et la protection de l'environnement

#### 4.1.1. Abus de position dominante associés à des atteintes à l'environnement

136. On considère qu'il existe une communauté d'intérêt entre le droit de la concurrence et la protection de l'environnement dans les situations où, par exemple, une entreprise dominante fait preuve d'un comportement abusif en imposant des tarifs déloyaux (p. ex., des prix excessivement bas pour le café ou le cacao) tout en faisant peser les coûts environnementaux sur la société (p.ex., les populations locales) et sans que ces tarifs bas ne bénéficient aux consommateurs. L'analyse d'une telle situation poserait des difficultés majeures, notamment car il conviendrait de déterminer à la fois le prix juste des intrants et leur vrai prix<sup>57</sup>.

137. Il peut également être question de pratique d'éviction dans les cas, par exemple, où un acteur établi utilisant une technologie polluante profite de sa position dominante pour évincer une entreprise concurrence exploitant une technologie plus respectueuse de l'environnement (Dolmans et Mostyn, 2021<sup>[56]</sup>).

138. Des stratégies d'offres prédatrices peuvent aussi être mises en œuvre dans le but d'évincer des concurrents. Une enquête a récemment été ouverte par la Commission européenne afin, entre autres, d'examiner un abus potentiel de position dominante dans le secteur de la fourniture de gros d'électricité en Grèce par la *Public Power Corporation*, le plus grand fournisseur d'électricité au détail et de gros du pays. La Commission a fait part de ses inquiétudes sur la possibilité que l'entreprise ait entravé la concurrence en adoptant une stratégie d'offres prédatrices afin de faire obstacle à ce que d'autres entreprises participent à la concurrence sur le marché de gros et de réduire ainsi les investissements dans la nouvelle génération d'énergies propres<sup>58</sup>.

139. Certains observateurs avancent que les analyses des prix pourraient même être adaptées de sorte à prendre en compte que le prix de marché n'est pas le prix réel, ce qui rendrait alors possible l'intégration des externalités environnementales (pour les entreprises comme pour la société) dans l'évaluation des

remises de fidélité, des prix d'éviction ou des pratiques de compression des marges. Les autorités de la concurrence pourraient évaluer si, par exemple, le recours à des matériaux polluants ou à des technologies émettrices de gaz à effet de serre est ce qui octroie à l'entreprise dominante un avantage compétitif et lui permet de supplanter ses concurrents (Dolmans et Mostyn, 2021<sup>[56]</sup>).

140. Peuvent également être constitutifs de pratiques abusives des comportements comme celui d'une entreprise dominante déversant ses déchets chimiques dans des cours d'eau et qui obtient par là même un avantage concurrentiel sur ses concurrents, lesquels doivent supporter des coûts d'élimination des déchets plus élevés en respectant la loi en la matière (Dolmans et Mostyn, 2021<sup>[56]</sup>).

141. Pour autant que ces comportements anticoncurrentiels correspondent également à des infractions aux réglementations environnementales, les débats relatifs aux préoccupations environnementales et à la concurrence sont comparables en essence aux débats relatifs au respect de la vie privée dans les marchés numériques. Les normes réglementaires pourraient dans certains cas être envisagées comme un élément de l'analyse de la concurrence (p. ex., les installations essentielles lorsqu'il existe une obligation de vente). Il pourrait même être judicieux de les utiliser comme éléments de substitution selon les besoins (Dunne, 2020<sup>[57]</sup> ; OCDE, 2021<sup>[58]</sup>). Des affaires actuellement en cours d'instruction, comme l'affaire *Facebook* en Allemagne, et la demande de décision préjudicielle auprès la Cour de justice de l'Union européenne, offrent des orientations en matière de réglementation sur le respect de la vie privée potentiellement applicables, *mutatis mutandis*, aux affaires relevant de la réglementation environnementale.

## 4.2. Conflit entre la concurrence et la protection de l'environnement

### 4.2.1. Abus potentiels de position dominante associés à des avantages environnementaux

142. Il existe de nombreuses situations dans lesquelles le comportement d'une entreprise en position dominante peut revêtir un caractère abusif, tout en procurant des avantages environnementaux constituant une justification objective ou proconcurrentielle plausible.

143. Cela vaut par exemple lorsqu'une entreprise dominante<sup>59</sup> :

- refuse de vendre à des partenaires commerciaux (même potentiels) qui ne respectent pas des critères environnementaux plus exigeants que les normes réglementaires ;
- conclut des contrats d'exclusivité à long terme afin de récupérer les coûts importants représentés par les investissements en faveur de l'environnement ;
- se livre à des pratiques de ventes liées et groupées, conditionnant ainsi la vente de son produit principal à l'achat complémentaire d'un produit écologique ;
- gère une plateforme de commerce électronique et met en avant ses propres produits respectueux de l'environnement au détriment de produits concurrents plus polluants (Dolmans et Mostyn, 2021<sup>[56]</sup>).

### 4.2.2. Justifications proconcurrentielles écologiques

144. Dans ce type de situation, il convient de s'interroger si une pratique clairement préjudiciable à la concurrence peut être raisonnablement justifiée lorsqu'elle procure des avantages environnementaux<sup>60</sup>. Lorsqu'une justification proconcurrentielle est avancée, les autorités de la concurrence doivent mettre en balance la restriction potentielle de la concurrence avec les avantages globaux pour l'environnement profitant aux consommateurs et à la société dans son ensemble.

145. Les allégations de justification objective ou proconcurrentielle peuvent être difficiles à étayer et nécessitent généralement que l'entreprise dominante apporte la preuve que :

- les gains d'efficacité sont le résultat direct de la pratique visée ;
- la restriction de concurrence est nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité et proportionnée ;
- les gains d'efficacité l'emportent sur tout effet préjudiciable à la concurrence et au bien-être des consommateurs ;
- la pratique n'élimine pas toute concurrence effective<sup>61</sup>.

146. Dans l'affaire *Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB (FTI)*<sup>62</sup> traitée par le tribunal suédois des brevets et du marché (*Patent- och Marknadsdomstolen*), la société FTI a suspendu l'accès d'un concurrent à son système de recyclage en justifiant cette décision par la nécessité d'assurer le respect de normes environnementales et de recyclage plus exigeantes que ne le prévoyait la loi. Le tribunal a rejeté cet argument d'efficacité, d'une part, car FTI n'avait pas apporté la preuve qu'il n'existait pas de mesures moins restrictives (renégociation du contrat, par exemple) qui aurait permis d'atteindre le même résultat et, d'autre part, car il ne relevait pas de la responsabilité de FTI de déterminer quelle norme doit s'appliquer pour réaliser les objectifs en matière de recyclage.

147. Dans l'affaire *Sydhavnens Sten & Grus*<sup>63</sup>, la CJUE a réalisé une évaluation de proportionnalité afin de mettre en balance les restrictions de concurrence et les objectifs environnementaux. La commune de Copenhague a conclu des contrats avec trois entreprises pour le traitement de déblais de chantier non dangereux pour l'environnement. La société Sydhavnens fut exclue du traitement de ce type spécifique de déchets dans le périmètre de la commune de Copenhague, bien qu'elle eût été qualifiée pour les traiter. Il fut considéré qu'établir un contrat avec ces entreprises pouvait relever de l'abus de position dominante car Sydhavnens bénéficiait de droits exclusifs accordés par la municipalité. Étant donné que la commune de Copenhague enfouissait la majeure partie de ses déblais plutôt que de les recycler, la restriction à la concurrence fut considérée nécessaire pour garantir un volume important de déchets pour les trois entreprises sous-traitantes, et ce, afin de garantir leur rentabilité et augmenter la capacité de gestion des déchets. Dans son évaluation, la CJUE estima que la restriction de la concurrence était nécessaire dans le cadre de la gestion des déblais de chantier, et qu'une mesure moins restrictive pour la concurrence, comme l'imposition d'une obligation de recyclage pour les entreprises, n'aurait pas donné les résultats escomptés<sup>64</sup>.

## 5. Considérations environnementales dans le contrôle des fusions

148. Alors que les investisseurs se ruent vers des fonds axés principalement sur les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance, on peut s'attendre à ce qu'un nombre croissant de stratégies d'investissement et de modèles économiques intègrent les considérations environnementales. Cela devrait donner lieu à une augmentation du nombre de fusions basées sur la logique environnementale et l'impact sur l'environnement<sup>65</sup>.

149. Un exemple de ce type de fusion pourrait consister en l'acquisition d'une société verte motivée par la stratégie d'investissement de l'acquéreur afin de faire baisser ses émissions de CO<sub>2</sub> en-deçà des seuils définis par la législation environnementale. Cette logique est justement celle qui a servi de base à la fusion *Repsol/Viesgo* dont l'autorité espagnole de la concurrence (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, CNMC) a réalisé l'évaluation<sup>66</sup>. En faisant l'acquisition de *Viesgo*, une entreprise à faibles émissions de carbone, la société *Repsol* a pu entrer sur le marché de la production d'électricité verte et opérer sa transition environnementale vers les marchés de l'électricité verte.

150. Le contrôle des fusions a pour but de garantir que les modifications structurelles du marché ne génèrent pas d'effets préjudiciables à la concurrence, notamment par rapport au critère de bien-être du consommateur. Au cours des dernières années, cet objectif a été interprété comme s'appliquant principalement aux effets à court terme sur les prix, au détriment des effets à long terme sur les prix, la qualité ou l'innovation. Néanmoins, au vu des technologies de rupture nécessaires à la transition verte, et des délais importants inhérents à leur développement, un changement d'approche pourrait être requis. Comme dans le cas des acquisitions prédatrices, une adaptation des mécanismes de prise de décision pourrait s'avérer indispensable<sup>67</sup>.

### 5.1. Définition du marché

151. Dans le cadre de la définition du marché pertinent par l'application du test du monopoleur hypothétique, les autorités de la concurrence prennent en compte les préférences des consommateurs, y compris celles ayant trait à l'environnement.

152. Dans l'évaluation de la fusion *DEMB/Mondelez/Charger OPCO* (2015)<sup>68</sup>, la Commission européenne a cherché à déterminer s'il était possible de distinguer le café classique du café non conventionnel, comme le café biologique ou issu du commerce équitable. Bien que la Commission ne les considère pas comme des marchés différents pour des raisons de substituabilité de la demande, elle a déterminé que certains consommateurs considéraient que le café non conventionnel répond à des besoins différents (par exemple, faire un geste en faveur de la durabilité environnementale). De la même manière, dans l'affaire *Chiquita Brands International/Fyffes*<sup>69</sup>, la Commission européenne a défini des segments de marché différents pour les bananes ordinaires et les bananes biologiques ou issues du commerce équitable en fonction des préférences des consommateurs.

153. Sur le marché américain des céréales prêtes à consommer, la *Federal Trade Commission* (FTC), s'appuyant sur les données des détaillants et des consommateurs finaux, a estimé que les céréales naturelles/biologiques ne constituaient pas un produit de substitution pour les céréales ordinaires<sup>70</sup>. Sur la base d'une enquête réalisée auprès des consommateurs, l'autorité française de la concurrence est récemment parvenue à une conclusion similaire concernant la définition du marché des magasins de produits biologiques<sup>71</sup>.

154. Les aspects environnementaux ont également été pris en compte dans le contexte de la définition du marché par l'autorité suédoise de la concurrence, et plus particulièrement dans sa décision relative à l'acquisition de Lidingö Clean Gas (LNG) et Natuitcor par la société Gasum. Dans cette affaire, l'autorité a identifié des marchés séparés pour le gaz propre de LNG et les autres combustibles fossiles, dans la mesure où le gaz naturel est soumis à des réglementations environnementales plus exigeantes et que le marché se développe rapidement grâce aux investissements et la perception favorable des consommateurs<sup>72</sup>.

## 5.2. Compatibilité entre la concurrence et la protection de l'environnement

### 5.2.1. Fusions associées à des atteintes à l'environnement

155. Toutes les fusions ayant une incidence sur l'environnement ne sont pas nécessairement problématiques. Une fusion qui limite la concurrence tout en portant préjudice à l'environnement peut être interdite ou validée suivant les circonstances. Les considérations environnementales peuvent être intégrées (et ont déjà été intégrées par le passé) dans l'évaluation d'impact sur la concurrence de différentes manières, étant donné que les aspects environnementaux peuvent s'avérer pertinents dans la définition de la théorie du préjudice.

156. Un premier exemple de théorie du préjudice pouvant être identifié dans les cas de fusions portant atteinte à l'environnement est celui des **théories du préjudice horizontales impliquant des effets unilatéraux pour des produits différenciés**. L'augmentation du pouvoir de marché découlant de la fusion peut se traduire par une augmentation des prix pour les produits respectueux de l'environnement, une baisse de la qualité écologique et un fléchissement de l'innovation verte. Par ailleurs, étant donné l'accroissement de la demande des clients (entreprises ou particuliers) pour des produits plus respectueux de l'environnement et la diminution des primes environnementales, la différenciation des produits fondée sur les paramètres écologiques devrait gagner en importance.

157. L'un des principaux facteurs qui entrent en compte dans une théorie des effets unilatéraux est l'élimination des contraintes exercées par les concurrents les plus proches. Lorsqu'elles analysent l'étroitesse de la concurrence, les autorités prennent en compte les préférences des consommateurs.

158. Dans l'affaire *Schwarz Group/Suez Waste Management*, la Commission européenne a étudié l'étroitesse de la concurrence entre les entreprises du marché du recyclage des matériaux d'emballage de faible poids. L'un des facteurs pris en compte dans cette analyse est le fait que la plupart des clients affichaient une préférence pour les solutions à plus faible impact sur l'environnement, y compris en termes d'émissions de CO<sub>2</sub> dues au transport jusqu'aux centres de recyclage<sup>73</sup>.

159. Concernant l'étroitesse de la concurrence, il convient de déterminer si les autorités devraient uniquement prendre en compte les préférences déclarées des consommateurs ou si les enquêtes réalisées auprès des consommateurs et les questionnaires qui leurs sont adressés devraient également porter sur leurs préférences, et ce, en raison des biais associés aux consommateurs (OCDE, 2021<sup>[39]</sup>).

160. Le second exemple concerne les **théories du préjudice horizontales liées à une fusion donnant lieu à une augmentation du pouvoir de l'acheteur**. C'est ce qu'a pu observer la Commission européenne dans l'affaire *Aurubis/Metallo*<sup>74</sup>, où préserver la concurrence sur les prix constituait un moyen

direct de traiter également les préoccupations environnementales. La Commission européenne a ainsi cherché à déterminer si l'opération aurait octroyé à l'entité fusionnée un pouvoir de l'acheteur accru suffisant pour lui permettre de baisser le prix auquel elle achetait des débris de cuivre. L'une des hypothèses était que des prix plus faibles pourraient réduire les incitations à la récupération de débris de cuivre et à l'investissement dans le recyclage de cuivre pour les entreprises de collecte et de prétraitement en raison de la baisse escomptée de leurs recettes. Il s'agissait d'un aspect particulièrement important dans la mesure où « il est essentiel que le secteur du recyclage du cuivre soit concurrentiel et performant à la fois pour répondre aux besoins futurs de l'industrie européenne, mais aussi pour limiter les atteintes à l'environnement »<sup>75</sup>. Après une enquête approfondie, la fusion fut autorisée au motif que la Commission européenne considérait que l'effet sur les prix était limité et généralement peu susceptible de se concrétiser.

### Encadré 6. Commission européenne – Aurubis/Metallo

En mai 2020, après une enquête approfondie de phase II, la Commission a approuvé l'acquisition de la société de recyclage de métaux Metallo Group par Aurubis, le plus grand producteur européen de cuivre et la plus grande entreprise mondiale de recyclage du cuivre. D'après la vice-présidente exécutive de la Commission européenne, Margrethe Vestager :

*« Le cuivre constitue un intrant important pour la mobilité électrique et la numérisation. Le bon fonctionnement de l'économie circulaire dans le secteur du cuivre est essentiel pour garantir une utilisation durable des ressources dans le contexte du pacte vert pour l'Europe. C'est la raison pour laquelle la concentration entre Aurubis et Metallo a fait l'objet d'une enquête approfondie. »*

La Commission s'est intéressée plus particulièrement aux effets sur la concurrence dans le marché des débris de cuivre destinés à la fonte et au raffinage. Les entreprises parties à la fusion étaient à la fois des concurrents et des partenaires commerciaux importants pour les fournisseurs de débris de cuivre. La Commission redoutait que le pouvoir de l'acheteur de l'entreprise issue de la fusion ne lui permette d'exiger des prix plus faibles des fournisseurs industriels qui vendent des débris de cuivre en tant que sous-produits issus de leurs processus de production. Une telle baisse des prix des débris de cuivre entraînerait de fait une augmentation des coûts de production, laquelle serait alors répercutée sur les consommateurs finaux sous la forme de produits finis plus onéreux. Les incitations à exploiter des débris recyclables dans la production de cuivre seraient alors limitées, créant par là même un effet d'« économie circulaire » négatif.

La Commission a finalement validé la fusion, estimant que les fournisseurs industriels pouvaient continuer de vendre leurs débris de cuivre à un certain nombre d'autres clients, y compris à l'extérieur de l'Espace économique européen. La fusion n'aurait alors qu'une faible incidence sur les prix (soit sur le coût des débris de cuivre) et la probabilité de cette incidence ne serait, en tout état de cause, que très limitée.

La Commission s'est également intéressée aux gains d'efficacité en matière d'innovation verte, dans la mesure où les parties avaient avancé que cette acquisition pourrait procurer des avantages environnementaux grâce aux transferts de technologie au sein de l'entité fusionnée. Metallo Group disposait en effet de compétences spécifiques dans l'exploitation de technologies de récupération de métaux à la fois innovantes et plus respectueuses de l'environnement. Une extraction améliorée des métaux issus de débris, par exemple, pourrait réduire les besoins non seulement de production de métaux primaires, mais aussi en termes d'extraction minière.

La Commission a conclu que, même s'il était possible que des processus améliorés d'extraction de métaux soient mis en œuvre et bénéficient au moins en partie aux fournisseurs, les gains d'efficacité

en matière d'innovation ne pouvaient être considérés comme vérifiables, suffisamment rapides et spécifiques à cette fusion.

Source : Commission européenne, Communiqué de presse, IP/20/801, « Concentrations : la Commission autorise l'acquisition de Metallo par Aurubis », [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_801](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_801) ; Commission européenne (2020), M.9409 - Affaire *Aurubis/Metallo Group Holding*, décision du 1<sup>er</sup> juillet 2020, C(2020) 2752 final.

161. Les considérations environnementales pourraient en outre s'avérer pertinentes en tant que dimension hors prix de la concurrence, au même titre que le paramètre de qualité ou d'innovation d'un produit. À l'instar d'une baisse de la qualité de la protection des données ou de la vie privée, certaines opérations peuvent être considérées comme préjudiciables par les autorités de la concurrence si elles entraînent une baisse de la qualité environnementale des produits ou nuisent à l'innovation en faveur de produits respectueux de l'environnement (Volpin, 2020<sub>[21]</sub>).

162. Le troisième exemple de **théorie du préjudice** a ainsi trait aux **effets unilatéraux sur le rythme et l'ampleur de l'innovation**. Alors que, dans le cadre des analyses consacrées aux effets unilatéraux sur les prix, la priorité est donnée aux incidences sur les décisions de fixation des prix des entreprises suite à la fusion, une théorie relative aux effets unilatéraux sur l'innovation s'intéresse plus particulièrement aux décisions et aux incitations des entreprises à interrompre, retarder ou réorienter des projets de recherche à vocation écologique existants. Comme dans le cas des effets sur les prix, une théorie du préjudice horizontale et unilatérale relative à l'innovation exigerait d'examiner l'effet de « vol de contrats » que pourrait avoir l'opération (Federico, Scott Morton et Shapiro, 2019<sub>[59]</sub>). Dans un tel scénario, la perte d'innovation verte à court terme serait également susceptible d'entraîner à l'avenir une perte de la concurrence sur le plan environnemental en raison de la dépendance au chemin emprunté.

163. Une bonne compréhension du rôle de la dépendance au chemin emprunté en termes d'innovation s'avérera particulièrement importante pour les autorités de la concurrence dans leurs évaluations d'impact des fusions sur l'innovation verte. Il est démontré que plus une entreprise a innové dans le domaine des technologies polluantes (moteurs à combustion, par exemple), plus elle est susceptible de continuer sur la même trajectoire plutôt que de se tourner vers des technologies moins polluantes (Aghion, Antonin et Bunel, 2021<sub>[22]</sub>). Il pourrait donc être nécessaire que les autorités de la concurrence examinent avec attention les implications des fusions en matière d'innovation, non seulement en analysant la logique sous-jacente, mais aussi en évaluant leur incidence sur les incitations à innover dans les technologies vertes.

164. Dans l'affaire *Dow/DuPont* par exemple (voir l'Encadré 7), la Commission européenne a analysé les effets incitatifs du développement de nouveaux produits plus respectueux de l'environnement dans le secteur agro-industriel. La Commission a souligné l'importance de l'innovation dans les produits de protection des cultures au regard de la sécurité environnementale et sanitaire, et a évalué l'impact de cette fusion sur l'innovation en faveur des objectifs de politique publique, comme la protection de l'environnement et de la santé, et de la capacité à assurer une protection efficace des cultures compte tenu des défis auxquels est confronté le secteur sur le plan biologique<sup>76</sup>. La Commission a déterminé que la fusion aurait des répercussions négatives importantes sur la concurrence en matière d'innovation, car elle aurait incité les parties à interrompre certains de leurs projets d'innovation du fait de l'étroitesse de la concurrence des deux entreprises en matière de R-D dans différents domaines importants d'innovation sur le marché des pesticides.

165. La Commission s'est également intéressée à un autre type de théorie du préjudice en matière d'innovation, cette fois lié à la notion plus large des « espaces d'innovation » ou du niveau global d'innovation dans un secteur donné. Elle a ainsi déterminé que la fusion aurait entraîné une limitation des incitations et de la capacité à innover, en raison de la forte concentration du secteur et des importants obstacles à l'entrée.

166. La théorie du préjudice liée aux « espaces d'innovation », soit au niveau global d'innovation dans un secteur, peut s'avérer particulièrement pertinente pour contribuer à assurer la protection de l'innovation verte. Ainsi, « ce cadre est tout à fait adapté pour répondre aux problèmes potentiels de concurrence découlant d'initiatives relatives à l'innovation liées aux technologies respectueuses de l'environnement » (Badea et al., 2021<sup>[11]</sup>), comme dans le cas du développement de technologies dont les cycles d'innovation sont relativement longs. Cette théorie peut être plus particulièrement utile pour protéger l'innovation lorsqu'il existe un risque que soient interrompus des projets de recherche ou des réserves de projets qui se recoupent, ou que soient réduites les incitations ou la capacité à atteindre le même niveau ou le même type d'innovation (Badea et al., 2021<sup>[11]</sup>).

### Encadré 7. Commission européenne – Dow/Dupont

En 2017, la Commission européenne a rendu une décision dans l'affaire Dow/DuPont dont l'analyse était en partie axée sur le niveau de rivalité dans l'innovation. Plusieurs problèmes ont pu être identifiés relativement à l'abandon d'initiatives de recherche analogues et à une diminution de la concurrence en matière d'innovation dans un secteur déjà marqué par un niveau de concentration élevé, dans la mesure où cette fusion associerait deux proches concurrents sur le plan de la R-D.

La première théorie du préjudice avait trait à la concurrence en matière d'innovation dans des orientations de recherche analogues, affectée par la diminution structurelle des incitations et des capacités à se livrer concurrence sur le plan de l'innovation, et ce, par une suppression des ressources de R-D et une réduction des investissements associés.

La seconde théorie du préjudice concernait l'élimination de la concurrence étroite dans les « espaces d'innovation », décrits comme correspondant à la direction et au ciblage généraux des efforts de R-D, par le biais d'activités de découverte, de développement et de R-D spécifiques. La théorie du préjudice portait sur les possibles abandons, retards et réorientations de projets de recherche et de produits en cours de développement du fait de leur chevauchement. Pour chaque « espace d'innovation », la Commission a mesuré la concentration en analysant la part des brevets détenus par chaque entreprise, pondérée par le nombre de citations comme indice de la qualité des brevets (sur la base des données fournies par les parties à la fusion sur leurs propres brevets et en matière de veille concurrentielle sur les brevets de leurs concurrents, ainsi que sur la base de données tierces sur les citations de brevets). En combinant ces données aux dimensions d'échelle et de présence mondiale en termes de découverte et de développement, la Commission a déterminé qu'il n'existait que cinq acteurs mondiaux de la R-D.

La Commission a conclu que la fusion serait susceptible d'entraîner l'abandon d'initiatives d'innovation en raison de leurs similitudes. Les parties subiraient une baisse des incitations à innover, ainsi qu'une diminution de leur capacité totale d'innovation pour réduire leurs coûts. La Commission a également considéré qu'il était peu probable que des entreprises concurrentes puissent compenser ces effets. L'autorisation de la fusion a donc été conditionnée à l'adoption de mesures correctrices basés sur la cession d'actifs de R-D.

Source : Commission européenne, Affaire M.7932, *Dow/DuPont*, décision du 27 mars 2017, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932\\_13668\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf).

167. Par ailleurs, un problème potentiel spécifique est rapidement apparu dans le cadre de la fusion *Aurubis/Metallo* (voir l'Encadré 6) : dans la mesure où Metallo était un acteur particulièrement novateur sur le secteur des technologies de recyclage, la fusion aurait pu réduire les incitations à investir et à innover dans le traitement et la récupération de débris de cuivre<sup>77</sup>.

168. Les conséquences d'une fusion sur l'innovation peuvent mettre du temps à apparaître et sont donc sujettes à une plus grande incertitude que la concurrence par les prix (voir ci-dessus la section consacrée au cadre temporel de l'évaluation). L'une des manières d'évaluer le niveau de concurrence potentielle en matière d'innovation verte qui pourrait disparaître suite à une fusion consiste à examiner les mécanismes d'innovation verte mis en place par les entreprises. Cette méthode permet aux autorités de la concurrence d'appuyer leurs observations sur les effets des incitations que peuvent avoir les parties à réduire leurs efforts de R-D suite à une fusion, plutôt que de se fier uniquement à l'impact final sur les consommateurs en termes de prix, de qualité ou de choix qu'aurait l'innovation au moment où elle portera ses fruits, le cas échéant.

169. La **quatrième et dernière théorie du préjudice** a trait aux « **acquisitions prédatrices à vocation écologique** », consistant en l'acquisition de concurrents plus soucieux de l'environnement dans le but d'alléger la pression concurrentielle à fabriquer des produits moins polluants ou plus respectueux de l'environnement. Par exemple, un producteur d'énergie non renouvelable peut décider de faire l'acquisition d'une start-up spécialisée dans la fabrication de batteries, et ce, dans le seul but de mettre un coup d'arrêt à cette production et éviter ainsi l'arrivée sur le marché d'une solution viable au problème d'intermittence des énergies renouvelables (CNMC, 2020, p. 20<sub>[36]</sub>). De la même manière, l'acquéreur peut être en cours de développement de nouvelles technologies propres particulièrement prometteuses (bien que plus coûteuses) et, grâce à l'allègement de la pression concurrentielle à innover sur les aspects environnementaux, il peut décider de mettre un terme à ses projets de R-D et continuer d'utiliser sa technologie actuelle plus polluante et moins coûteuse (ce qui est comparable à une acquisition prédatrice inversée dans les marchés numériques). Le préjudice peut être aggravé par l'existence de « zones mortelles », soit des segments dans lesquels les start-ups et les investisseurs pourraient tout simplement ne pas investir dans des technologies concurrentes innovantes et respectueuses à l'environnement en raison de la présence de puissants opérateurs historiques (OCDE, 2020<sub>[60]</sub>).

170. La situation pourrait être encore plus délicate si l'innovation verte n'était le fait que d'acteurs de moindre envergure, auquel cas les seuils de fusion, comme le chiffre d'affaires, pourraient rendre les fusions invisibles pour les autorités de la concurrence dans de nombreuses juridictions.

### 5.3. Conflit entre la concurrence et la protection de l'environnement

#### **5.3.1. Fusions potentiellement anticoncurrentielles associées à des avantages environnementaux**

171. Comme indiqué précédemment à propos des accords et des abus de position dominante, certaines situations peuvent être plus ambiguës et poser des difficultés d'ordre analytique lorsqu'une fusion est susceptible d'affecter négativement la concurrence tout en ayant un impact positif sur l'environnement. Il pourrait par exemple s'agir d'une fusion par laquelle un acheteur fait l'acquisition d'un concurrent relativement proche pour l'un de ses produits, entraînant ainsi une augmentation des prix, mais aussi dans le cadre de laquelle les deux parties disposent de savoir-faire et de technologies pouvant être considérés comme complémentaires au point de donner lieu, à terme, à des avancées significatives en matière d'innovation verte.

172. Dans ce type de situation, il peut être nécessaire que l'évaluation prenne également en compte les gains d'efficacité, de sorte à déterminer s'il existe des effets bénéfiques susceptibles de compenser les éventuels effets préjudiciables de la fusion.

### 5.3.2. Gains d'efficience environnementaux

173. Bien qu'ils soient en pratique difficiles à étayer, à l'instar d'autres types de gains d'efficience, il n'existe aucune justification économique s'opposant à la prise en compte des gains d'efficience environnementaux. Les parties à une fusion peuvent avancer que cette opération permettra de générer des gains d'efficience, par exemple, sous la forme de produits plus respectueux de l'environnement et que les avantages en termes de durabilité l'emportent sur les effets négatifs de la fusion sur la concurrence (Rosenboom, 2021<sup>[61]</sup>).

174. La prise en compte de la durabilité environnementale en tant que gain d'efficience potentiel est reconnue de manière explicite dans la version mise à jour des lignes directrices de la CMA sur l'évaluation des fusions :

*Les éléments constitutifs d'une qualité supérieure, d'un choix plus étendu ou d'une innovation plus intense dépendent des circonstances de l'espèce. À titre d'exemple, les avantages sous forme de durabilité environnementale et de soutien à la transition vers une économie bas carbone sont, dans certains cas, des avantages pertinents pour les clients. Une fusion peut donner lieu à une baisse des coûts énergétiques et à des avantages susceptibles de compter pour les clients (comme une réduction de l'empreinte carbone des produits de l'entreprise concernée).<sup>78</sup>*

175. Dans de nombreuses juridictions, pour pouvoir être acceptés, les gains d'efficience doivent être spécifiques à la fusion ciblée, être vérifiables et profiter aux consommateurs. Les difficultés abordées dans la section 2. sont également applicables aux limites de l'évaluation des gains d'efficience. Il peut par exemple être nécessaire de déterminer si les gains d'efficience extérieurs au marché peuvent être pris en compte pour compenser les effets extérieurs au marché sur la concurrence.

176. L'exigence de spécificité fait que les parties à la fusion devraient apporter la preuve que les objectifs environnementaux recherchés peuvent uniquement être réalisés grâce à la fusion. Autrement dit, les effets positifs découlant de l'application de la législation environnementale (p. ex., issus de systèmes d'échange de droits d'émission) ne pourraient être acceptés comme des gains d'efficience. La prise en compte des gains d'efficience ne pourrait pas non plus être autorisée si ces derniers peuvent être obtenus par d'autres moyens moins préjudiciables à la concurrence, comme la création d'une entreprise commune ou des accords de coopération non structurels.

177. S'agissant du critère de vérifiabilité, des éléments probants doivent permettre de démontrer dans quelle mesure les gains d'efficience vont profiter aux consommateurs.

178. Bien que les gains d'efficience puissent être difficiles à étayer, il a été observé que :

*L'intérêt récemment suscité auprès des autorités par le rôle que peut jouer la politique de la concurrence pour apporter une réponse au changement climatique laisse penser qu'il est fort probable que la prochaine fois que l'argument des gains d'efficience environnementaux sera avancé, il sera véritablement pris en compte et pourra même potentiellement faire jurisprudence (Rosenboom, 2021<sup>[61]</sup>).*

## 5.4. Cadre temporel de l'évaluation

179. Aussi bien dans la théorie du préjudice liée à l'innovation verte que dans celle ayant trait aux acquisitions prédatrices à vocation écologique, le cadre temporel de l'évaluation s'impose comme un facteur primordial. De nombreux effets découlant de fusions concernées par ces deux théories ne prendront forme que bien après l'apparition des effets que les autorités de la concurrence considèrent comme prévisibles. Les autorités adoptent souvent un cadre temporel de deux à trois ans pour l'évaluation des effets d'une fusion, même si elles prévoient une certaine marge de manœuvre lorsque certains facteurs (contractuels ou financiers, par exemple) permettent de prévoir le jeu des mécanismes du marché (OCDE, 2021<sup>[48]</sup>).

180. Adopter un cadre temporel plus long permet de détecter les potentiels préjudices et gains d'efficacité qui mettent plus de temps à se concrétiser. L'amplitude idéale du cadre temporel dépendra du secteur concerné, dans la mesure où les délais de réalisation des effets peuvent varier de manière significative. La règle de base consiste à n'adopter le cadre temporel actuel de deux à trois ans qu'une fois la contrainte potentielle concrétisée et parvenue à maturité. L'avantage est que si une innovation nécessite un délai de déploiement de cinq ans, alors les contraintes concurrentielles ne commenceront à être évaluées qu'à ce moment-là (OCDE, 2021<sup>[48]</sup>).

181. Certains ont suggéré que cette approche soit appliquée par défaut dès lors qu'il est question de l'innovation verte. Étant donné l'importance de l'innovation technologique et des technologies de rupture dans la protection de l'environnement, il pourra être utile d'approfondir et de développer encore cet aspect.

## 5.5. Éléments probants

182. Tel que mentionné précédemment, les autorités de la concurrence peuvent intégrer les considérations environnementales à l'évaluation d'impact qu'une opération peut avoir sur l'innovation et les incitations à innover. L'analyse des effets sur la qualité, le choix et l'innovation peut toutefois s'avérer particulièrement complexe sur le plan de la recherche d'éléments probants. Les parts de marché existantes, exemple, peuvent apporter un éclairage plus limité dans le cadre d'une analyse dynamique, dans la mesure où elles ne sont pas nécessairement représentatives du pouvoir de marché à plus ou moins long terme. Dans l'affaire *Dow/Dupont* par exemple (voir l'Encadré 7), la Commission européenne a pris en compte les capacités d'innovation des parties à la fusion et de leurs concurrents, notamment sous les aspects suivants : spécialisation et ressources des parties, efforts de R-D et effectifs dédiés, résultats antérieurs ou portefeuilles de brevets.

183. Les implications à long terme de la dépendance au chemin emprunté en matière d'innovation peuvent être étayées par de solides preuves en interne. Il conviendrait toutefois que ces éléments démontrent que l'entreprise n'abandonnera pas ses investissements verts en faisant l'acquisition d'une entreprise aux pratiques plus polluantes.

184. Les documents internes peuvent donc jouer un rôle important lors de l'examen des effets dynamiques (Kar, Cochrane et Spring, 2021<sup>[62]</sup>), dans la mesure où ils renferment des informations probantes sur la dynamique concurrentielle et sur les activités et projets futurs des parties, lesquelles informations peuvent contribuer à élaborer un scénario contrefactuel. Les documents internes s'avèrent également essentiels lorsque les autorités de la concurrence doivent analyser les projets des parties en lien avec les gains d'efficacité environnementaux.

185. Les types de documents internes revêtant un intérêt particulier pour l'analyse des gains d'efficacité et des préjudices incluent notamment :

- les rapports ayant trait à la durabilité, sachant qu'une force probante supérieure sera concédée aux rapports indépendants sur l'impact du devoir de diligence en matière de durabilité et sur les initiatives de R-D pertinentes dans le cadre du processus de prise de décision des parties ;
- les documents transmis au conseil d'administration relatifs aux projets et objectifs de R-D ;
- les communications internes entre cadres dirigeants, dont les directeurs de la durabilité, les directeurs de la R-D et les responsables des ressources humaines (pour ces derniers, par exemple, les documents liés au recrutement des ingénieurs et des chercheurs de premier plan) ;
- les enquêtes réalisées auprès des consommateurs, notamment pour la prise en compte des biais comportementaux des consommateurs.

186. D'autres documents sectoriels ou relatifs à des théories du préjudice spécifiques peuvent également être intéressants. Par ailleurs, les documents détaillant l'analyse d'évaluation des prix d'achat

peuvent aussi s'avérer utiles lorsqu'il est question d'innovation verte, et ce, afin de bien saisir la logique sous-jacente<sup>79</sup>.

187. Il est important de souligner que l'évolution graduelle vers une adoption généralisée des rapports sur les enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance (OCDE, 2011<sup>[63]</sup> ; OCDE, 2018<sup>[64]</sup>) signifie que les autorités de la concurrence pourront éventuellement avoir accès non seulement aux rapports officiels, mais aussi à un volume important de documents de travail préparatoires, lesquels leur permettront de mieux appréhender la position des entreprises en matière d'environnement et quantifier les effets bénéfiques et préjudiciables à l'environnement escomptés des opérations examinées.

188. Il convient d'obtenir des documents internes non seulement auprès des parties à la fusion, mais aussi auprès de leurs concurrents, tout en ayant conscience des réserves habituelles qui s'imposent face à de tels documents, dans la mesure où ils présentent un risque de biais, positif comme négatif, suivant que leur objet était d'attirer les investisseurs ou d'éviter de soulever des problèmes de réglementation.

189. Lors de l'évaluation des effets dynamiques environnementaux, comme dans le cas des marchés numériques, les autorités de la concurrence devront continuer de travailler à l'élaboration de bonnes pratiques en matière de collecte de documents internes (par le biais de demandes de documents avancées et souvent exhaustives), mais aussi au développement d'outils informatiques et de capacités de recherche. Pour tirer pleinement parti de la force probante des documents recueillis, les autorités peuvent avoir besoin de développer leurs compétences, que soit en interne ou en coopérant avec d'autres autorités de la concurrence, les organismes de protection de l'environnement ou les experts en économie de l'environnement.

190. Par ailleurs, même si les outils permettant de quantifier les effets sur l'innovation restent actuellement moins développés que les outils utilisés pour la quantification des effets sur les prix, il convient de veiller à ce que cet obstacle pratique ne porte pas préjudice à l'analyse. Autrement dit, les effets sur l'innovation ne devraient pas avoir moins de poids dans l'évaluation pour la simple raison qu'ils sont plus difficiles à mesurer. Comme le soulignent Federico, Scott Morton et Shapiro (2019<sup>[59]</sup>) :

*En pratique, on dispose rarement d'éléments probants sur le niveau de concurrence entre deux produits qui n'ont pas encore été commercialisés, ni sur le niveau attendu de leurs ventes. On dispose au mieux de projections, même si celles-ci ne sont souvent disponibles que lorsque le lancement d'un produit est imminent, notamment car chaque entreprise n'a généralement qu'une vision limitée de l'avancement des initiatives de développement d'autres entreprises, ce qui rend difficile toute analyse et prédiction de la capacité de leurs produits à être concurrentiels. Pour toutes ces raisons, plus il est difficile d'apprécier les conditions futures de la concurrence, plus il semble avisé de s'appuyer sur les principes économiques généraux [...] Exiger des pouvoirs publics [ou des autorités de la concurrence] d'apporter des données quantitatives précises sur le niveau de concurrence futur pour satisfaire à la charge de la preuve sur les effets unilatéraux sur l'innovation reviendrait à renoncer à tout contrôle des fusions concernant le développement de produits encore au début de leur phase d'élaboration ou de produits qui n'ont pas encore été conçus.*

191. Tel que décrit dans la section 3.4, cette prise en compte peut jouer sur le critère de la norme de la preuve appliqué par les autorités de la concurrence. S'agissant des preuves de préjudice, de nombreuses autorités de la concurrence (hors ententes injustifiables ou infractions pénales) ont généralement appliqué un critère de la plus forte probabilité afin de déterminer si une pratique est anticoncurrentielle. Comme dans le cas des marchés numériques, le passage du critère de la plus forte probabilité à une approche fondée sur la prépondérance des préjudices<sup>80</sup> pourrait être appliquée aux fusions dans le cadre desquelles sont pris en compte les effets dynamiques environnementaux, notamment lorsqu'il existe un risque de perte d'innovation verte. Le critère de prépondérance des préjudices n'est pas uniquement axé sur la probabilité de matérialisation des préjudices, mais l'adapte également à l'ampleur possible des effets anticoncurrentiels si un préjudice devait apparaître. Une telle approche permettrait aux autorités de la concurrence d'intervenir lorsque la probabilité est plus faible mais que l'ampleur des effets sur l'innovation est plus importante. Pour plus d'informations sur cette approche, reportez-vous à (OCDE, 2020<sup>[60]</sup>).

## 5.6. Mesures correctrices

192. Lorsque des effets anticoncurrentiels sont identifiés par une autorité de la concurrence, des mesures correctrices peuvent être proposées aux parties à la fusion de manière à résoudre les problèmes de concurrence avant que la fusion ne puisse être validée. Des mesures correctrices visant à répondre aux préoccupations environnementales pourraient donc être envisagées dès lors qu'a été identifiée une atteinte à la concurrence due aux considérations environnementales. Dans de nombreuses juridictions, les mesures correctrices structurelles sont considérées comme préférables aux mesures correctrices comportementales dans le cas des fusions horizontales, et ce, car elles peuvent s'avérer plus efficaces, apporter une réponse plus directe aux atteintes à la concurrence et contribuer à baisser les coûts de suivi pour les autorités de la concurrence.

193. Les mesures correctrices mises en place pour résoudre les problèmes de concurrence sont également susceptibles d'avoir une incidence positive sur l'environnement. Par exemple, dans la fusion *Novelis/Aleris*, les parties, deux fournisseurs de feuilles d'aluminium destinées à la carrosserie automobile, ont proposé de s'engager à céder les activités d'Aleris relatives aux feuilles d'aluminium, y compris ses propriétés intellectuelles, licences, permis et agréments. L'aluminium est un matériau léger permettant aux constructeurs automobiles de produire des véhicules économes en carburant et ainsi de réduire les émissions de CO<sub>2</sub>. Cette cession a permis de lever les inquiétudes relatives à une possible limitation du choix des consommateurs et à une augmentation du prix des feuilles d'aluminium destinées à la carrosserie automobile, lesquelles sont nécessaires à la fabrication de véhicules plus légers<sup>81</sup>.

194. Compte tenu de la théorie du préjudice en matière d'innovation identifiée dans l'affaire *Dow/DuPont* (voir l'Encadré 7), la Commission a décidé d'autoriser la fusion à condition que la nouvelle entité cède les activités de DuPont relatives aux pesticides, ainsi que de presque la totalité des activités de R-D de DuPont à travers le monde<sup>82</sup>.

195. La question est de savoir si les mesures correctrices comportementales pourraient gagner en pertinence pour les autorités dans le traitement des atteintes à la concurrence dues aux considérations environnementales. Une autorité de la concurrence pourrait par exemple estimer que, suite à une fusion, certains clients impliqués dans le développement de produits respectueux de l'environnement devront supporter des coûts plus élevés pour obtenir les intrants dont ils ont besoin. Dans un telle situation, on pourrait envisager qu'un accès aux technologies vertes soit accordé, notamment aux centres de recherche, à la propriété intellectuelle ou aux données (Kar, Cochrane et Spring, 2021<sup>[62]</sup>).

## 6. Autres approches dans le traitement des considérations environnementales

196. Au-delà d'une prise en compte des considérations environnementales dans l'évaluation d'impact sur la concurrence selon le critère d'efficacité économique, les autorités de la concurrence peuvent disposer d'autres options suivant le type d'affaire examinée et les caractéristiques du régime réglementaire applicable. Les principales approches sont décrites ci-dessous.

### 6.1. Affaires relevant de la doctrine de l'action de l'État

197. Dans certaines juridictions, la doctrine de l'action de l'État ou les doctrines équivalentes peuvent être appliquées lorsqu'un comportement anticoncurrentiel destiné à servir l'intérêt général est imposé ou autorisé par les pouvoirs publics ou la réglementation.

198. D'après certains observateurs (Hovenkamp, 2019<sup>[65]</sup> ; Petrosyan, 2019<sup>[66]</sup>), la doctrine de l'action de l'État aurait pu s'appliquer, par exemple, dans le cadre d'une enquête récemment ouverte par le ministère américain de la Justice à l'encontre d'un consortium de quatre constructeurs de véhicules afin de déterminer si l'accord-cadre volontaire conclu avec l'État de Californie constituait une infraction au droit de la concurrence (voir l'Encadré 4). L'accord-cadre régi par le *California Air Resources Board* prévoyait un objectif de réduction des émissions plus ambitieux que celui défini par la loi. Le ministère de la Justice a fait part de ses inquiétudes concernant la possibilité que cet accord ait un effet négatif sur la concurrence et réduise les incitations des entreprises à se livrer concurrence<sup>83</sup>.

199. L'affaire *DSD* évaluée par le Bundeskartellamt, l'autorité allemande de la concurrence, constitue un autre exemple intéressant. En l'espèce, afin de mettre en place un système de collecte efficace des déchets d'emballage auprès des entreprises en Allemagne, tel que prévu par l'ordonnance allemande sur le conditionnement, les entreprises ont été autorisées à adhérer à un programme de collecte et d'élimination des déchets. Dans la mesure où la coopération entre concurrents était nécessaire, le Bundeskartellamt l'a autorisée pendant une durée limitée, tout en veillant à ce qu'elle ne donne pas lieu à des restrictions inutiles de la concurrence<sup>84</sup>.

### 6.2. Considérations d'intérêt public émanant d'autres organismes publics

200. Certains régimes réglementaires prévoient qu'un organisme public externe soit responsable de déterminer si une décision prise par l'autorité de la concurrence peut être révoquée pour des raisons d'intérêt public (par exemple, en Allemagne, aux États-Unis, en France ou au Royaume-Uni). Compte tenu de son caractère technique et afin de préserver son impartialité, l'analyse des objectifs d'intérêt général allant au-delà de la simple efficacité économique est confiée à un organisme public autre que l'autorité de la concurrence, généralement au niveau ministériel, lequel est autorisé à revenir sur la décision prise dans l'intérêt de la concurrence (OCDE, 2016<sup>[67]</sup>).

### Encadré 8. Considérations d'intérêt public dans le contrôle des fusions

Plusieurs pays autorisent la prise en compte de l'intérêt général dans l'examen des fusions. La loi espagnole sur la concurrence (*Ley de Defensa de la Competencia*), par exemple, permet au Conseil des ministres d'autoriser une fusion interdite pour des raisons « d'intérêt général [comme] la protection de l'environnement ».

Le droit allemand prévoit également la possibilité d'une prise en compte des considérations d'intérêt général par le biais de procédures d'autorisation ministérielle, lesquelles permettent au ministre fédéral des Affaires économiques d'infirmer les décisions du Bundeskartellamt en matière de contrôle des fusions et d'autoriser ainsi une fusion qui, sans cela, aurait été interdite.

En janvier 2019, le Bundeskartellamt a ainsi interdit la fusion *Miba/Zollern*, considérant qu'elle était susceptible d'entraver sensiblement la bonne marche de la concurrence sur le marché des roulements pour moteurs de gros calibre. Les parties ont mis en avant que les considérations d'intérêt général justifiaient l'annulation de la décision d'interdiction, notamment en raison de leur souhait de développer un potentiel d'innovation au service de technologies de premier plan qui pourraient à l'avenir être exploitées pour la production d'énergie éolienne. Compte tenu des effets positifs de cette opération en faveur de la transition énergétique et de la protection de l'environnement, le ministre a infirmé la décision et autorisé la fusion.

Source : OCDE (2016), Considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations, <https://www.oecd.org/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm> ; OCDE (2020), *Sustainability and Competition – Note by Germany*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)63/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)63/en/pdf).

### 6.3. Critère d'intérêt général avancé par l'autorité de la concurrence

201. D'autres régimes autorisent l'autorité de la concurrence elle-même à réaliser une évaluation et mettre en balance l'intérêt général ou les avantages pour l'intérêt général et les atteintes à la concurrence. Ces régimes réglementaires sont notamment en vigueur en Australie et en Nouvelle-Zélande, où les autorités de la concurrence peuvent valider des accords et des fusions restrictifs entraînant potentiellement une baisse de la concurrence s'ils procurent également un avantage net pour l'intérêt général. Autrement dit, « l'avantage escompté pour l'intérêt général découlant de la pratique l'emporte sur le préjudice public escompté », sachant que cet avantage est interprété comme correspondant à « tout élément de valeur pour la communauté dans son ensemble »<sup>85</sup>.

202. Ces régimes réglementaires prévoient donc des mécanismes particuliers pour la prise en compte de considérations environnementales, même lorsque l'efficacité économique n'est pas directement affectée. La Commission du commerce de Nouvelle-Zélande (*Commerce Commission of New Zealand, NZCC*), par exemple, a validé un accord par lequel les grossistes de réfrigérant ne pouvaient vendre leurs produits qu'à des clients certifiés ou agréés, au motif que cet accord permettrait, d'une part, un renforcement de la conformité et, d'autre part, une baisse de la libération de substances dangereuses dans l'atmosphère<sup>86</sup>.

203. De la même manière, l'*Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)* a autorisé différents dispositifs de collecte et de recyclage des batteries et des pneus pour des motifs d'intérêt général<sup>87</sup>. Grâce à ces dispositifs, les entreprises sont en mesure d'améliorer la circularité de leurs

secteurs d'activité et de coordonner l'élimination des déchets sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement (pour une description du *Battery Stewardship Council*, voir l'Encadré 9).

### Encadré 9. ACCC – Collecte et recyclage de batteries

En mars 2020, le *Battery Stewardship Council* (BSC) a demandé à l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) d'autoriser la mise en œuvre de son dispositif de collecte, de tri et de recyclage en fin de vie de batteries ou piles périmées, et ce, pour une durée de cinq ans. Le BSC compte pour membres des entreprises situées tout au long de la chaîne d'approvisionnement des piles et batteries.

Ce dispositif prévoit le prélèvement d'un droit supplémentaire de 0.04 AUD par tranche de 24 grammes (poids d'une pile AA standard) sur le prix des batteries importées, mais aussi un système de remise pour les participants aux efforts de recyclage, financé par les droits perçus et les frais d'adhésion au dispositif. L'adhésion est volontaire mais les membres doivent s'engager à ne traiter qu'avec d'autres membres sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement.

L'ACCC a réalisé une analyse au titre de l'intérêt général et déterminé que le dispositif procurerait des avantages environnementaux et permettrait une meilleure sensibilisation de la population à la question de la mise au rebut des batteries, ainsi qu'un renforcement de l'innovation. L'ACCC a également pris en considération le préjudice public engendré par l'accord, et notamment l'obligation de traiter uniquement avec d'autres membres du dispositif, la possible augmentation du prix des batteries, ou encore tout éventuel problème de sécurité ou charge de conformité supplémentaire.

En septembre 2020, l'ACCC a autorisé le dispositif, sous conditions et pour une durée de cinq ans, estimant que les avantages pour l'intérêt général l'emportaient sur les préjudices. Pour éviter tout risque de sécurité, l'ACCC a exigé que le BSC développe, au cours de l'année à venir, une stratégie de sûreté s'appuyant sur les contributions de divers groupes de parties prenantes.

Source : *Australian Competition and Consumer Commission*, « *Determination Application for authorisation AA1000476* », 4 septembre 2020 ; *Battery Stewardship Council* ; Lapenta G. et Giangaspero M. (2021), *Greening Antitrust: Lessons from the ACCC's Authorisation of a Recycling Co-Operation Agreement*, *Journal of European Competition Law & Practice*, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab072>.

## 6.4. Hiérarchisation des priorités et pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence

204. La hiérarchisation des priorités est un autre moyen important par lequel les autorités de la concurrence peuvent défendre les objectifs environnementaux et assurer la prise en compte des considérations environnementales. Dans les affaires relevant du droit de la concurrence (accords anticoncurrentiels ou abus de position dominante), les autorités de la concurrence disposent généralement d'une certaine latitude pour décider des affaires à traiter en priorité.

205. Cela a été particulièrement visible, par exemple, au début de la crise du COVID-19, puisque de nombreux gouvernements et autorités de la concurrence ont autorisé et accompagné certaines formes de coopération entre entreprises concurrentes afin de préserver ou de relancer les chaînes d'approvisionnement et de distribution à court terme (OCDE, 2020<sup>[45]</sup>). Le document pour discussion publié par la Commission grecque de la concurrence soulignait comment, dans le contexte de la pandémie de COVID-19 également, la durabilité peut être considérée comme susceptible de contribuer à la résilience

systémique et, dans cette situation précise, comment elle peut être intégrée à l'évaluation des priorités en matière d'application du droit de la concurrence<sup>88</sup>.

206. En Allemagne, le Bundeskartellamt a exercé son pouvoir discrétionnaire, par exemple, lorsqu'il a décidé de ne pas ouvrir d'enquête sur des accords potentiellement défavorables à la concurrence concernant des initiatives d'étiquetage des produits issus du commerce équitable. Le système d'étiquetage « FairTrade » empêche les entreprises de payer un prix inférieur au prix minimum défini par l'organisation FairTrade pour certains produits et permet aux producteurs de définir ensemble le supplément de prix des produits, ce qui aurait en l'espèce pu constituer une restriction par objet de la concurrence. Le Bundeskartellamt a choisi, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, de donner la priorité aux objectifs sociaux de l'accord<sup>89</sup>.

207. Le projet d'orientation relatif aux accords de durabilité publié par l'autorité néerlandaise de la concurrence (*Autoriteit Consument & Markt*, ACM) peut également être considéré comme un instrument de hiérarchisation des priorités<sup>90</sup>. Son objectif est d'informer les entreprises sur les types d'accords de durabilité les moins susceptibles de susciter des inquiétudes, ainsi que sur « *les possibilités en matière d'élaboration d'accords de durabilité dans les limites du droit de la concurrence* »<sup>91</sup>. De la même manière, l'autorité britannique de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority*, CMA) a publié en début d'année des orientations à l'intention des entreprises exposant son approche des accords de durabilité<sup>92</sup>.

208. La hiérarchisation des priorités peut également s'appliquer dans l'autre sens, en permettant par exemple à une autorité de la concurrence de s'intéresser à des comportements anticoncurrentiels qui sont également préjudiciables à l'environnement, de sorte à affecter les ressources nécessaires pour une application efficace du droit de la concurrence. Cette possibilité a été mise en avant par l'autorité française de la concurrence, laquelle a fait du développement durable un domaine d'action prioritaire, y compris en ciblant les atteintes au droit de la concurrence ayant aussi des effets négatifs sur la protection de l'environnement<sup>93</sup>.

## 6.5. Actions de sensibilisation aux questions de concurrence

209. Les actions de sensibilisation ciblées sont un autre moyen par lequel les autorités de la concurrence peuvent contribuer à la réalisation des objectifs environnementaux. Dans le contexte de la pandémie de COVID-19 qui offre la possibilité de « reconstruire en mieux », les autorités de la concurrence peuvent trouver un terrain fertile pour promouvoir, auprès des pouvoirs publics et des décideurs, l'adoption de réformes et de politiques en faveur de la concurrence et de l'environnement.

210. Au cours des derniers mois par exemple, de nombreuses autorités de la concurrence ont eu la possibilité d'interagir avec les décideurs afin de souligner l'importance de marchés performants pour parvenir à une relance économique rapide et durable. Dans ce contexte, les principes de concurrence devraient appuyer l'élaboration des politiques et réformes nécessaires.

211. Les actions de sensibilisation peuvent être axées, par exemple, sur des secteurs clés qui contribuent à la transition verte, à la résolution des problèmes de coordination ou à l'innovation verte et aux progrès technologiques (OCDE, 2020<sup>[46]</sup> ; CNMC, 2020<sup>[36]</sup>). Ces actions sont aussi essentielles à destination des marchés d'infrastructures, comme l'énergie ou les transports, dans la mesure où, en plus d'avoir des effets d'entraînement sur l'ensemble de l'économie, ils jouent un rôle fondamental dans la décarbonation de l'économie. Ainsi, au cours des dernières années, une diminution graduelle du coût des investissements du solaire et de l'éolien ont permis de faire en sorte que ces types d'énergie sont devenus compétitifs par rapport aux sources classiques d'énergie. On estime que « *le coût de la production d'énergie dans un marché décarboné à 90 % sera 10 % inférieur au coût de production d'énergie dans un marché décarboné à seulement 55 %* » (Goldman School of Public Policy, 2020<sup>[68]</sup> ; Fabra, 2021<sup>[69]</sup>).

212. La COFECE offre un exemple intéressant de la manière dont les autorités de la concurrence peuvent utiliser leur pouvoir de plaidoyer pour façonner les marchés et ouvrir la voie à une reprise durable. Afin de créer un marché concurrentiel pour la production d'énergie au Mexique, la COFECE a encouragé l'introduction de certificats d'énergie propre dans le secteur de l'électricité de sorte à encourager la production d'énergie à partir de sources non polluantes. La COFECE a récemment engagé une action contre une réforme susceptible de nuire à la concurrence dans le domaine de la production et de la commercialisation d'électricité en réduisant les investissements dans les capacités de production propres et en renforçant le pouvoir de marché du fournisseur national historique<sup>94</sup>.

213. Des actions de sensibilisation peuvent également être mises en œuvre pour réduire le risque que des réglementations nouvelles ou existantes n'entravent l'investissement dans l'innovation verte. Citons par exemple les obligations prévues dans le code de la construction relativement aux structures en béton et dont le but est d'assurer leur conformité aux règles de sécurité publique. Si ces obligations définissent de façon précise les performances des matériaux utilisés, voire leur composition chimique, il est possible qu'elles entravent inopinément les investissements dans les nouveaux types de ciment plus respectueux de l'environnement (Gates, 2021<sup>[2]</sup>). Une évaluation de l'impact de telles règles sur la concurrence pourrait mener à recommander une formulation plus souple de ces dispositions et permettre ainsi d'assurer des normes de sécurité optimales sans pour autant nuire aux investissements dans l'innovation verte.

### **6.5.1. Études de marché**

214. Les études de marché sont un instrument non lié à des affaires précises et suffisamment souple pour permettre l'examen d'un marché dans son ensemble et, dans certaines juridictions, d'adresser des recommandations aux pouvoirs publics, voire d'imposer des mesures correctrices. Cet instrument peut s'avérer particulièrement efficace lorsqu'il est appliqué aux industries ou aux technologies nouvelles ou en développement, et susceptibles d'avoir une incidence sur la durabilité environnementale et le bien-être économique<sup>95</sup>.

215. L'étude de marché de la CMA sur le secteur des bornes de chargement pour véhicules électriques constitue un exemple intéressant. La CMA a estimé que le transport était la principale source d'émissions au Royaume-Uni et le bon fonctionnement du marché était une condition fondamentale pour tenir l'engagement de neutralité carbone du pays. La CMA a donc recommandé au gouvernement d'assurer le déploiement continu des bornes de chargement pour véhicules électriques (y compris à travers les autorités locales) et de simplifier le chargement pour les clients. Sur la base de ses conclusions, la CMA a également pris des mesures concrètes en ouvrant une enquête sur les contrats d'exclusivité à long terme pour les bornes de chargement en bordure des autoroutes, et ce, afin de déterminer leurs potentiels effets anticoncurrentiels<sup>96</sup>.

### **6.5.2. Marchés publics**

216. Le recours à des appels d'offres ouverts et concurrentiels sur les marchés publics économiques jouera également un rôle important. Les autorités de la concurrence peuvent recommander, le cas échéant, que les critères des appels d'offres soient axés sur les solutions et permettent l'adoption de technologies équivalentes, de manière à encourager la neutralité technologique et l'innovation en faveur de la réalisation des objectifs de neutralité carbone (pour plus d'informations sur la différence entre l'approche technologiquement neutre et l'approche axée sur des technologies spécifiques, voir (Fabra, 2021<sup>[69]</sup>)). Quels que soient ses avantages, l'intégration de critères économiques harmonisés pour les marchés publics ne devrait en aucun cas se traduire par une distorsion de la concurrence.

## 7. Conclusions

217. Ce document a été l'occasion d'analyser les différentes approches que peuvent adopter les autorités de la concurrence pour la prise en compte des considérations environnementales dans leurs activités d'application du droit de la concurrence et de contrôle des fusions. Bien que le rôle de régulateur de l'État ne saurait être surestimé, les connaissances, le savoir-faire et la puissance d'investissement des entreprises seront indispensables à l'émergence des innovations technologiques de rupture qui sont nécessaires pour faire face à l'urgence du changement climatique.

218. Ce document met en évidence que la concurrence peut contribuer de façon significative à la réalisation des objectifs environnementaux, notamment lorsqu'il existe une demande des consommateurs pour des produits respectueux de l'environnement. L'application du droit de la concurrence et le contrôle des fusions, dans le cadre d'analyse traditionnel, ont un rôle important à jouer pour prévenir les opérations et comportements anticoncurrentiels qui s'avèrent également préjudiciables aux objectifs environnementaux. Il peut toutefois exister des situations où l'effet négatif d'une pratique ou d'une opération affecte également les dimensions hors prix de la concurrence, comme la qualité environnementale, le choix et l'innovation.

219. Dans leur évaluation des pratiques et opérations ayant une incidence sur la protection de l'environnement, les autorités de la concurrence devront examiner avec soin les incitations économiques pour les entreprises concernées, ainsi que les défaillances du marché aussi bien du côté de la demande que du côté de l'offre, comme les problèmes de coordination, le handicap d'antériorité ou les biais comportementaux des consommateurs, lesquelles défaillances, si elles sont ignorées, pourraient entraver le bon fonctionnement des marchés.

220. Lorsqu'elles examinent les marchés dans lesquels ces facteurs jouent un rôle important, les autorités de la concurrence devront faire preuve de prudence face aux risques potentiels pesant sur la concurrence ou aux possibles retombées entraînant des atteintes aux règles de la concurrence. Les autorités auront peut-être également besoin d'éliminer certains obstacles qui menacent les initiatives de coopération proconcurrentielle en faveur de l'environnement. Plusieurs méthodes sont alors possibles, y compris la communication d'orientations générales et individuelles claires aux entreprises, sur la base desquelles les accords de coopération peuvent être autorisés du fait de leurs bénéfices, comme les améliorations de la qualité écologique ou les innovations en matière de produits et de processus propres et durables.

221. À mesure que de plus en plus de stratégies d'investissement et de modèles commerciaux intégreront des considérations de durabilité, que ce soit en raison des réglementations ou sous l'impulsion des investisseurs, des actionnaires ou des consommateurs, les autorités auront de plus en plus à traiter d'affaires de fusions motivées par la logique de durabilité. Compte tenu de l'importance des technologies vertes et de l'innovation, les autorités de la concurrence devront acquérir une compréhension approfondie des incitations économiques et recueillir les éléments probants pertinents à l'appui de la logique sous-jacente, y compris en tirant parti de documents internes.

222. Bien que l'analyse des considérations environnementales soit un exercice complexe, on peut aisément conclure que les cadres économiques et juridiques peuvent s'adapter de manière à intégrer ces considérations dans les limites de l'interprétation traditionnelle du critère de bien-être du consommateur et dans le cadre classique de l'évaluation des préjudices et des gains d'efficacité. Les instruments

d'analyse et la manière dont les enquêtes sont conçues peut néanmoins nécessiter de plus amples développements et modifications.

223. Les actions de sensibilisation, y compris les décisions de hiérarchisation des priorités et le recours aux études de marché, peuvent également contribuer de manière significative à ces objectifs.

224. Les autorités de la concurrence à travers le monde ont à peine commencé à s'attaquer à ces questions aux multiples facettes et à en débattre. Afin que les politiques de la concurrence restent pertinentes pour la réalisation des objectifs de neutralité carbone, au-delà de la réglementation, les autorités de la concurrence devront publier des orientations claires à l'intention des entreprises et veiller à ce que les capitaux soient répartis de la manière la plus efficace possible afin de permettre des progrès rapides en matière de durabilité des entreprises et des industries. Une solide coopération internationale entre les autorités de la concurrence sera fondamentale pour déterminer comment affronter efficacement les difficultés inhérentes à la prise en compte des considérations environnementales dans les évaluations.

# Notes de fin

<sup>1</sup> Objectifs de développement durable des Nations unies (2015), <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>.

<sup>2</sup> Pew Research Center (2021), « *In Response to Climate Change, Citizens in Advanced Economies Are Willing To Alter How They Live and Work* », <https://www.pewresearch.org/global/2021/09/14/in-response-to-climate-change-citizens-in-advanced-economies-are-willing-to-alter-how-they-live-and-work/>.

<sup>3</sup> Bundeskartellamt (2020), *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften - Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/AK\\_Kartell\\_recht\\_2020\\_Hintergrundpapier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartell_recht_2020_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>4</sup> Législation contre les ententes *Kartellgesetz 2005*, § 2, section 1(b).

<sup>5</sup> Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission, HCC*) (2020), *Staff Discussion Paper, Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>.

<sup>6</sup> *Autoriteit Consument & Markt (ACM)* (2021), *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (Second Draft)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>.

<sup>7</sup> *UK Competition and Markets Authority (CMA)* (2021), « *Environmental Sustainability Agreements and Competition Law* », <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law> ; CMA (2021), *Environmental Sustainability and the Competition and Consumer Law Regimes - Advice to the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy - Call for inputs*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1021364/CFI\\_-\\_sustainability\\_advice\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1021364/CFI_-_sustainability_advice_.pdf).

<sup>8</sup> Les résultats de l'appel à contributions de la Commission européenne sont disponibles à l'adresse suivante : [https://ec.europa.eu/la-concurrence-policy/green-gazette/conference-2021\\_en](https://ec.europa.eu/la-concurrence-policy/green-gazette/conference-2021_en).

<sup>9</sup> *Autorité hongroise de la concurrence (Gazdasági Versenyhivatal, GVH)*, *Sustainable Development and Competition Law – Survey Report (Special Project for the 2021 ICN Annual Conference)*, 30 septembre 2021, <https://www.gvh.hu/en/gvh/Conference/icn-2021-annual-conference/special-project-for-the-2021-icn-annual-conference-sustainable-development-and-competition-law>. Les résultats de cette enquête ont été présentés lors de la séance plénière de la conférence annuelle du RIC qui s'est tenue à Budapest le 13 octobre 2021.

<sup>10</sup> Voir également, pour une brève analyse, l'affaire COMP/M.4271 – *Daikin/Oyl*, § 27, à l'occasion de laquelle la Commission européenne a souligné que le risque d'une course au moins-disant en termes de respect de l'environnement pour les produits concernés était relativement limité, voire nul, en raison des normes définies dans la législation européenne.

<sup>11</sup> Dans le présent document, les qualificatifs « respectueux de l'environnement », « durable », « vert » ou « écologique » appliqués aux produits sont pris comme incluant les produits biodégradables, recyclables, issus du commerce équitable, qui ne portent pas atteinte à l'environnement ou ayant un impact faible sur l'environnement.

<sup>12</sup> Pour une analyse plus approfondie de la littérature, voir Schinkel, M. et L. Treuren (2021), « *Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change* », <http://dx.doi.org/10.2139/SSRN.3749147>.

<sup>13</sup> Voir les notes 6 à 8 ci-dessus.

<sup>14</sup> Le critère d'intérêt général et les considérations d'intérêt public sont abordés séparément dans la section 6.

<sup>15</sup> Cette expression est également utilisée par Nowag, J., dans *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws* (2016), Oxford University Press, p. 44.

<sup>16</sup> L'approche néo-brandeisienne est apparue aux États-Unis sous la forme d'un mouvement universitaire et politique dénonçant le laxisme dans l'application du droit de la concurrence et encourageant à une application plus stricte du droit afin de lutter contre la concentration du pouvoir de marché par un groupe restreint d'acteurs. Cette approche promeut notamment une intervention directe sur le marché, en vertu du droit de la concurrence, pour remédier aux problèmes sociaux comme les inégalités de revenus, le chômage ou encore les atteintes à la protection des droits des consommateurs et des travailleurs.

<sup>17</sup> Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission*, HCC) et Autorité néerlandaise de la consommation et des marchés (*Autoriteit Consument & Markt*, ACM) (2021), *Technical Report on Sustainability and Competition*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/publications/sustainability/item/1284-technical-report-on-sustainability-and-competition.html>.

<sup>18</sup> Commission européenne, Affaire M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 octobre 2014, § 87 et 102, et note de bas de page n° 79.

<sup>19</sup> Commission européenne, Affaire M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, 6 décembre 2016, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\\_1349\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf), § 350.

<sup>20</sup> Commission européenne, Décision du 21 décembre 1994, *Philips/Osram*, affaire IV/34.252, Journal officiel n° L378, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1994/986/oj>, § 25-27.

<sup>21</sup> Commission européenne, Décision du 24 janvier 1999, *CECED*, affaire IV.F.1/36.718, Journal officiel n° L187, <http://data.europa.eu/eli/dec/2000/475/oj>, § 56.

<sup>22</sup> *Autoriteit Consument & Markt* (ACM) (2021), *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (Second Draft)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>, § 40-41.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Australia and New Zealand*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)62/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)62/en/pdf).

<sup>25</sup> *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. Supreme Court 16-1454 (2018).

<sup>26</sup> *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596, 611 (1972).

<sup>27</sup> Affaire T-86/95, *Compagnie générale maritime contre Commission*, 28 février 2002, EU:T:2002:50, § 343 ; Commission européenne, Affaire COMP/AT.39595, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, 23 mai 2013, numéro C(2013) 2836 final, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39595/39595\\_3012\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39595/39595_3012_4.pdf), § 57-59.

<sup>28</sup> Commission européenne, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, Journal officiel n° C 101, 27 avril 2004, p. 97-118, § 43, et Lignes directrices sur les concentrations horizontales, § 79.

<sup>29</sup> T-111/08, *MasterCard*, 24 mai 2012, EU:T:2012:260, § 225, confirmé par l'arrêt de la Cour de justice C-382/12 P, *MasterCard*, 11 septembre 2014, EU:C:2014:2201.

<sup>30</sup> La Commission européenne devrait toutefois proposer de nouvelles orientations sur cette question dans la version mise à jour de ses lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale et aux accords verticaux.

<sup>31</sup> Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission, HCC*) (2020), *Staff Discussion Paper, Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>, p. 28.

<sup>32</sup> Les accords concernant les atteintes à l'environnement sont des accords qui contribuent, de manière efficace, au respect des normes nationales et internationales, ou qui facilitent la réalisation d'objectifs concrets d'action publique visant à prévenir les dommages environnementaux. Voir *Autoriteit Consument & Markt (ACM)* (2021), *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (Second Draft)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>, § 45 en particulier.

<sup>33</sup> Loi fédérale portant modification de la Loi sur les ententes de 2005 et de la Loi sur la concurrence, BGBl. I n° 176/2021.

<sup>34</sup> Voir également M.P. Schinkel, « *Summary of the OECD Third Competition Open Day* » (24 février 2021), *Concurrences*, n° 2-2021, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2021/conferences/ruben-maximiano>.

<sup>35</sup> Pour plus d'informations sur le travail de l'OCDE en matière de coopération internationale, voir <https://www.oecd.org/competition/internationalco-operationandcompetition.htm>.

<sup>36</sup> OCDE (2013), *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, Note by the European Commission*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>, 6.

<sup>37</sup> Voir, par exemple : Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission, HCC*) et Autorité néerlandaise de la consommation et des marchés (*Autoriteit Consument & Markt, ACM*) (2021), *Technical Report on Sustainability and Competition*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/publications/sustainability/item/1284-technical-report-on-sustainability-and-competition.html>.

<sup>38</sup> *Autoriteit Consument & Markt (ACM)* (2021), *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (Second Draft)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>, § 53-56.

<sup>39</sup> Ces exemples sont tous fournis par l'*Autoriteit Consument & Markt (ACM)* (2021) dans *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (Second Draft)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>. Voir également, entre autres : Unilever (2020), *Sustainability cooperations between competitors & Art. 101 TFEU - Submission to DG COMP*, [https://www.unilever.com/Images/unilever\\_submission\\_sustainability\\_competition\\_law\\_tcm244-551751\\_en.pdf](https://www.unilever.com/Images/unilever_submission_sustainability_competition_law_tcm244-551751_en.pdf) ; Dirk Middelschulte, *Article 101 TFEU in the Decisive Decade*, *Concurrences* n° 4/2020 ;

Simon Holmes (2020), « *Climate change, sustainability, and competition law* », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8/2, pp. 354-405, <http://dx.doi.org/10.1093/JAENFO/JNAA006>.

<sup>40</sup> Cette section, parmi d'autres, s'inspire des travaux de Cristina Volpin et reflète les conclusions et exemples qu'elle développe dans « *Competition and Sustainability: The Odd Couple* » (2021), dans *Frontiers of Competition Law*, Edward Elgar (à paraître).

<sup>41</sup> Pour un exemple relatif au contrôle des fusions, voir *Aurubis/Metallo Group Holding*, Affaire M.9409, Décision de la Commission C(2020) 2752 final [2019], [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9409\\_3908\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9409_3908_3.pdf) et **Error! Reference source not found..**

<sup>42</sup> Voir les Lignes directrices de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, Journal officiel n° C 11, 14 janvier 2011, § 24-25.

<sup>43</sup> Autorité française de la concurrence, Décision 17-D-20 du 18 octobre 2017, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-revetements-de-sols-resilients> ; et Communiqué de presse, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/19-october-2017-cartel-floor-coverings-sector>.

<sup>44</sup> Commission européenne, Décision du 21 décembre 1994, *Philips/Osram*, affaire IV/34.252, Journal officiel n° L378, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1994/986/oj>, § 25-27.

<sup>45</sup> Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, § 329.

<sup>46</sup> *Autoriteit Consument & Markt (ACM)* (2014), *Analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*, [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/13789\\_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf).

<sup>47</sup> Davenport, C. (2020), « *Justice Department Drops Antitrust Probe against Automakers that Sided with California on Emissions* », *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2020/02/07/climate/trump-california-automakers-antitrust.html> (consulté le 30 avril 2021).

<sup>48</sup> Voir M.P. Schinkel, « *Summary of the OECD Third Competition Open Day* » (24 février 2021), *Concurrences*, n° 2-2021, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2021/conferences/ruben-maximiano>.

<sup>49</sup> Voir également les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, § 329.

<sup>50</sup> Commission européenne, Décision du 24 janvier 1999, *CECED*, IV.F.1/36.718, Journal officiel n° L187, <http://data.europa.eu/eli/dec/2000/475/oj>, § 56.

<sup>51</sup> Voir Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (2001), Journal officiel n° C 3 01/2, § 191.

<sup>52</sup> Commission européenne (2020), *Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*, SWD/2020/0172 final.

<sup>53</sup> *UK Competition and Markets Authority (CMA)* (2021), *The Retained Vertical Agreements Block Exemption Regulation – Consultation document*,

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/99455/2/VBER\\_recommendation\\_2021\\_consultation\\_with\\_annexes\\_170621\\_FINAL.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/99455/2/VBER_recommendation_2021_consultation_with_annexes_170621_FINAL.pdf), p. 54.

<sup>54</sup> L'OCDE, par exemple, a publié des lignes directrices sur la manière de réaliser une analyse coûts-avantages des initiatives environnementales, alors que le rapport technique rédigé conjointement par les autorités grecque et néerlandaise de la concurrence propose aux parties des indicateurs adaptés aux évaluations d'impact sur la concurrence.

<sup>55</sup> Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission, HCC*) (2020), *Staff Discussion Paper, Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>.

<sup>56</sup> Les aspects communs aux évaluations et au contrôle des fusions (comme la définition du marché) sont abordés dans la section 5. , mais des observations similaires sont, le cas échéant, applicables aux comportements anticoncurrentiels.

<sup>57</sup> Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission, HCC*) (2020), *Staff Discussion Paper, Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>.

<sup>58</sup> Commission européenne, Communiqué de presse du 16 mars 2021, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une enquête sur le comportement de PPC sur le marché de gros de l'électricité en Grèce », [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_21\\_1205](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_1205).

<sup>59</sup> CMA (2021), *Environmental Sustainability and the Competition and Consumer Law Regimes - Advice to the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy - Call for inputs*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1021364/CFI\\_-\\_sustainability\\_advice\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1021364/CFI_-_sustainability_advice_.pdf).

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, § 30.

<sup>62</sup> PMÄ 2741-18, 21 janvier 2019, p. 39. La décision du tribunal des brevets et du marché a toutefois été annulée par la cour d'appel des brevets et du marché (*Patent- och Marknadsöverdomstolen*), laquelle estimait que ce système de recyclage était une installation essentielle, et n'a par conséquent pas jugé nécessaire de statuer sur l'allégation de justification objective (PMÖÄ 1519-19, 28 février 2020). Cet exemple est issu de la contribution de l'autorité suédoise de la concurrence à l'appel à contributions de la Commission européenne sur le thème *Competition policy contributing to the European Green Deal* (La politique de concurrence à l'appui du Pacte vert pour l'Europe), p. 12.

<sup>63</sup> C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, arrêt de la Cour du 23 mai 2000, EU:C:2000:279.

<sup>64</sup> Ibid., § 72-81.

<sup>65</sup> D'après Larry Fink, dans sa lettre adressée en 2021 aux dirigeants d'entreprises, <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter> : « Entre janvier et novembre 2020, les investisseurs en fonds communs de placement et en ETF ont investi 288 milliards USD dans des actifs durables à l'échelle mondiale, ce qui représente une hausse de 96 % par rapport à une période de 12 mois en 2019. [...] [L]a création d'indices durables a permis une accélération massive des flux de capitaux vers les entreprises les mieux armées pour faire face au risque climatique ».

<sup>66</sup> Affaire C/0975/18 *Repsol/Viesgo Generación*.

<sup>67</sup> Voir par exemple OCDE (2021), *The concept of potential competition*, section 4, <http://oe.cd/tcpc> ; OCCE (2020), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, section 5, [www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf).

<sup>68</sup> Affaire M.7292, *DEMB/Mondelez/Charger OPCO*, considérant 57.

<sup>69</sup> Affaire M.7220, *Chiquita Brands International/Fyffes*, considérant 73.

<sup>70</sup> <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09388posttreehousecomplaint.pdf>.

<sup>71</sup> Autorité de la concurrence, Décision n° 21-DCC-161 du 10 septembre 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités du groupe Bio c' Bon par la société Carrefour France, [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral\\_texts/2021-10/20-188\\_publicque\\_decision\\_21dcc161\\_0.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2021-10/20-188_publicque_decision_21dcc161_0.pdf), § 24.

<sup>72</sup> Autorité suédoise de la concurrence (*Konkurrensverket*), Affaire Dnr 7/2020, <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/konkurrens/beslut/avskrivningsbeslut/20-0007.pdf>, § 13 et 43.

<sup>73</sup> Affaire M.10047, *Schwarz Group/Suez Waste Management*, Décision du 14 avril 2021, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202128/m10047\\_688\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202128/m10047_688_3.pdf), § 56 et 118.

<sup>74</sup> Affaire M.9409, *Aurubis/Metallo Group Holding*, décision du 1<sup>er</sup> juillet 2020, [https://ec.europa.eu/la-concurrence/fusions/cases/decisions/m9409\\_3908\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/la-concurrence/fusions/cases/decisions/m9409_3908_3.pdf).

<sup>75</sup> Commission européenne, IP/19/6305, « Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de Metallo par Aurubis », Communiqué de presse du 19 novembre 2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_19\\_6305](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_6305).

<sup>76</sup> Commission européenne, M.7932, *Dow/DuPont*, décision du 27 mars 2017, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932\\_13668\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf), § 1977 et 1979-1980.

<sup>77</sup> Commission européenne, IP/19/6305, « Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de Metallo par Aurubis », Communiqué de presse du 19 novembre 2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_19\\_6305](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_6305).

<sup>78</sup> CMA, *Merger Assessment Guidelines (CMA129)*, version révisée de 2021, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1011836/MAGs\\_for\\_publication\\_2021\\_-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1011836/MAGs_for_publication_2021_-.pdf), § 8.21.

<sup>79</sup> Voir, par exemple, une analyse d'évaluation complète réalisée par la CMA dans l'évaluation de problèmes potentiels de concurrence dans le rapport final du 12 juin 2019 sur l'affaire *PayPal/iZettle*, <https://www.gov.uk/cma-cases/paypal-holdings-inc-izettle-ab-merger-inquiry>.

<sup>80</sup> Voir *Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* (2019), [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf) ; et, pour une analyse, *RBB Economics* (2019), *A question of balance: Comments on a proposed new test for UK merger control*, [https://www.rbbecon.com/downloads/2019/05/RBB\\_B59\\_Brief1.pdf](https://www.rbbecon.com/downloads/2019/05/RBB_B59_Brief1.pdf).

<sup>81</sup> Commission européenne, M. 9706, *Novelis/Aleris*, décision du 1<sup>er</sup> octobre 2019, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20215/m9076\\_5518\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20215/m9076_5518_3.pdf).

<sup>82</sup> Commission européenne, M.7932, *Dow/DuPont*, décision du 27 mars 2017, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932\\_13668\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf).

<sup>83</sup> MLex (2019), *Probe of automakers' California emissions deal took uncommon route through DOJ*, <https://mlexmarketinsight.com/news-hub/editors-picks/area-of-expertise/antitrust/probe-of-automakers-california-emissions-deal-took-uncommon-route-through-doj>.

<sup>84</sup> OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Germany*, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2020/OE\\_CD\\_2020\\_Sustainability\\_and\\_Competition.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OE_CD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2), p. 21.

<sup>85</sup> OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Australia and New Zealand*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)62/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)62/en/pdf).

<sup>86</sup> *Commerce Commission of New Zealand, Refrigerant License Trust Board*, décision 735, 25 novembre 2011, [https://comcom.govt.nz/\\_data/assets/pdf\\_file/0020/67007/PUBLIC-Decision-735-Refrigerant-License-Trust-Board-Final-Determination.pdf](https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0020/67007/PUBLIC-Decision-735-Refrigerant-License-Trust-Board-Final-Determination.pdf), § 73-77.

<sup>87</sup> OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Australia and New Zealand*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)62/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)62/en/pdf).

<sup>88</sup> Commission grecque de la concurrence (*Hellenic Competition Commission*, HCC) (2020), *Staff Discussion Paper, Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>, p. 16.

<sup>89</sup> OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Germany*, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2020/OE\\_CD\\_2020\\_Sustainability\\_and\\_Competition.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OE_CD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2), pp. 22-24.

<sup>90</sup> À l'occasion d'un événement récent consacré à cette question, Siún O'Keeffe (responsable d'équipe par intérim au sein du service des affaires juridiques de l'ACM) a indiqué que ce projet d'orientation pouvait être considéré comme un instrument de hiérarchisation des priorités : <https://www.concurrences.com/en/conferences/9th-global-antitrust-hot-topics-eu-us-global-perspectives-2-competitor>.

<sup>91</sup> *Autoriteit Consument & Markt* (ACM) (2021), *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (Second Draft)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>.

<sup>92</sup> *UK Competition and Markets Authority* (CMA) (2021), « *Environmental Sustainability Agreements and Competition Law* », <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law>.

<sup>93</sup> Autorité de la concurrence, AMF, Arcep, ART, CNIL, CRE, CSA et HADOPI (2020), *Accord de Paris et urgence climatique : Enjeux de régulation*, [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-05/publication\\_aai-api\\_accord\\_de\\_paris\\_052020\\_2.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-05/publication_aai-api_accord_de_paris_052020_2.pdf) ; voir également : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/after-very-active-2020-autorite-de-la-concurrence-announces-its-priorities-2021-which>.

<sup>94</sup> *Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) (2021), « COFECE makes available to the public the preliminary version of the document about the market for Clean Energy Certificates to receive comments », [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/02/COFECE-003-2021\\_ENG.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/02/COFECE-003-2021_ENG.pdf) ; Agence internationale pour les énergies renouvelables (2015), « Renewable Energy Prospects: Mexico », *Remap 2030 - A Renewable Energy Roadmap*, [https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2015/IRENA\\_REmap\\_Mexico\\_report\\_2015.pdf](https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2015/IRENA_REmap_Mexico_report_2015.pdf), p. 33 ; International Trade Administration (2021), « Energy Resources Guide – Mexico – Renewable Energy », <https://www.trade.gov/energy-resource-guide-mexico-renewable-energy> ; COFECE (2021), *COFECE recommends to the Congress of the Union not to approve the Initiative to reform the Electric Industry Law*, [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/02/COFECE-006-2021\\_ENG.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/02/COFECE-006-2021_ENG.pdf) et *COFECE files a constitutional controversy against the Decree that reforms several provisions of the Electric Industry Law*, [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/04/COFECE-012-2021\\_ENG.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/04/COFECE-012-2021_ENG.pdf).*

<sup>95</sup> CMA (2021), *Environmental Sustainability and the Competition and Consumer Law Regimes - Advice to the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy - Call for inputs*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1021364/CFI\\_-\\_sustainability\\_advice\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1021364/CFI_-_sustainability_advice_.pdf), p. 23.

<sup>96</sup> Ibid.

# Références

- Aghion, P., C. Antonin et S. Bunel (2021), *The Power of Creative Destruction: Economic Upheaval and the Wealth of Nations*, Harvard University Press. [22]
- Aghion, P. et al. (2020), « Environmental Preferences and Technological Choices: Is Market Competition Clean or Dirty? », n° 26921, National Bureau of Economic Research, <http://dx.doi.org/10.3386/w26921>. [19]
- Autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni (2021), « Environmental Sustainability Agreements and Competition Law », <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law> (consulté le 30 avril 2021). [90]
- Autoriteit Consument & Markt (ACM) (2021), *Guidelines on Sustainability Agreements - Opportunities within Competition Law (deuxième projet)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf> (consulté le 25 mars 2021). [89]
- Badea, A. et al. (2021), « Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition », *European Commission Competition Policy Brief*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (consulté le 5 octobre 2021). [11]
- Banerjee, A. et E. Duflo (2019), *Good Economics for Hard Times*, Public Affairs, New York. [29]
- Bundeskartellamt (2020), *Open markets and sustainable economic activity - public interest objectives as a challenge for competition law practice*. [93]
- CCI (2020), *Competition Policy and Environmental Sustainability*, <https://www.oecd.org/daf/competition/ICC-competition-and-environmental-sustainability.pdf> (consulté le 22 octobre 2021). [3]
- CMA (2021), *Environmental Sustainability and the Competition and Consumer Law Regimes - Advice to the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy: Call for inputs document*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1021364/CFI\\_-\\_sustainability\\_advice\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1021364/CFI_-_sustainability_advice_.pdf) (consulté le 22 octobre 2021). [88]
- CNMC (2020), *Sustainability and Competition - Submission to DG COMP's call for contributions « Competition Policy Supporting the Green Deal »*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)93/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)93/en/pdf) (consulté le 26 octobre 2021). [36]
- CNUCED (2015), « Rôle de la politique de la concurrence dans la promotion d'une croissance durable et solidaire », [https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf8d6\\_fr.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf8d6_fr.pdf). [5]

- Commission européenne (2020), *Communiqué de presse : Pratiques anticoncurrentielles: la Commission ouvre une enquête sur les pratiques d'Apple concernant Apple Pay*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1075](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1075). [96]
- Commission européenne (2013), *Fiche d'information : Commission closes investigation of EPC but continues monitoring online payments market*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO\\_13\\_553](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_13_553). [94]
- Commission européenne (2011), *Communiqué de presse : Ententes et abus de position dominante: la Commission ouvre une enquête sur le marché des paiements électroniques*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_11\\_1076](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_11_1076). [97]
- Competition & Markets Authority (2021), *Annual Plan 2021 to 2022*, <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authority-annual-plan-2021-to-2022/annual-plan-2021-to-2022#our-main-themes-for-202122> (consulté le 24 mars 2021). [87]
- Competition & Markets Authority (2021), *Environmental Sustainability Agreements and Competition Law*, <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law> (consulté le 24 mars 2021). [86]
- Ding, W. et al. (2020), « Competition Laws, Norms and Corporate Social Responsibility », *National Bureau of Economic Research*, <http://dx.doi.org/10.3386/w27493>. [20]
- Dolmans, M. (2021), « Sustainable Competition Policy and the « Polluter Pays » Principle », dans Holmes, S., D. Middelschulte et M. Snoep (dir. pub.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences, Paris, <https://www.concurrences.com/en/livre/competition-law-climate-change-environmental-sustainability-646#id=66925> (consulté le 28 mars 2021). [37]
- Dolmans, M. (2020), *Sustainable Competition Law - Note to the OECD Hearing on Sustainability and Competition*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)69/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)69/en/pdf) (consulté le 24 octobre 2021). [16]
- Dolmans, M. (2020), « Sustainable Competition Policy », *Competition Law & Policy Debate*, vol. 5-6/4-1, pp. 4-23. [10]
- Dolmans, M. et H. Mostyn (2021), « Editors' Preface », *Dominance and Monopolies Review*. [56]
- Dunne, N. (2020), « Dispensing with Indispensability », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16/1, pp. 74-115, <http://dx.doi.org/10.1093/JOCLEC/NHAA004>. [57]
- Fabra, N. (2021), « The Energy Transition: An Industrial Economics Perspective », *International Journal of Industrial Organization*, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2021.102734> (consulté le 2 novembre 2021). [69]
- Fair Trade Advocacy Office (2019), *EU Competition Law and Sustainability in Food Systems - Addressing the Broken Links*. [95]
- Federico, G., F. Scott Morton et C. Shapiro (2019), « Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption », <https://doi.org/10.1086/705642>, vol. 20/1, pp. 125-190, <http://dx.doi.org/10.1086/705642>. [59]

- FMI (2019), *Macroeconomic and Financial Policies for Climate Change Mitigation: A Review of the Literature - Working Paper n° 19/185*, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/09/04/Macroeconomic-and-Financial-Policies-for-Climate-Change-Mitigation-A-Review-of-the-Literature-48612> (consulté le 24 octobre 2021). [85]
- Gates, B. (2021), *How to Avoid a Climate Disaster: The Solutions We Have and the Breakthroughs We Need*, Penguin Random House. [2]
- Gerbrandy, A. (2020), « The Difficulty of Conversations About Sustainability and European Competition Law », *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-difficulty-of-conversations-about-sustainability-and-european-competition-law/> (consulté le 26 octobre 2021). [84]
- GIEC (2021), *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#FullReport> (consulté le 14 septembre 2021). [1]
- Gilbert, R. (2020), *Innovation Matters - Competition Policy for the High-Technology Economy*, The MIT Press, <http://dx.doi.org/10.7551/MITPRESS/12686.001.0001>. [55]
- Goldman School of Public Policy (2020), *2035 Report: Plummeting Solar, Wind and Battery Costs Can Accelerate Our Clean Electricity Future*, <https://www.2035report.com/wp-content/uploads/2020/06/2035-Report.pdf> (consulté le 2 novembre 2021). [68]
- Haller, K., J. Lee et J. Cheung (2020), *Meet the 2020 Consumers Driving Change*, <https://www.ibm.com/downloads/cas/EXK4XKX8> (consulté le 1 mai 2021). [13]
- Harvey, F. (2021), « Global Green Recovery Plans Fail to Match 2008 Stimulus, Report Shows », *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/environment/2021/feb/12/global-green-recovery-plans-fail-to-match-2008-stimulus-report-shows> (consulté le 31 mars 2021). [8]
- Helbling, T. (2020), « L'ABC de l'économie, Finance & Développement, Qu'entend-on par externalités? Ce qui se produit quand les prix n'intègrent pas complètement les coûts », *FMI, Finances & Développement*, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2010/12/pdf/fd1210f.pdf> (consulté le 24 octobre 2021). [27]
- Hellenic Competition Commission (2020), *Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html> (consulté le 17 mars 2021). [83]
- Hellenic Competition Commission (2020), *Sustainability and Competition - Note by Greece for the 134th OECD Competition Committee*. [92]
- Hepburn, C. et al. (2020), « Will COVID-19 Fiscal Recovery Packages Accelerate or Retard Progress on Climate Change? », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 36/S1, <https://www.smithschool.ox.ac.uk/publications/wpapers/workingpaper20-02.pdf> (consulté le 18 octobre 2021). [82]
- Holmes, S. (2020), *Climate Change and Competition Law - Note to the OECD Hearing on Sustainability and Competition*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)94/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)94/en/pdf) (consulté le 31 mars 2021). [15]

- Holmes, S. (2020), « Climate change, sustainability, and competition law », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8/2, pp. 354-405, <http://dx.doi.org/10.1093/JAENFO/JNAA006>. [4]
- Hovenkamp, H. (2019), « Are Regulatory Agreements to Address Climate Change Anticompetitive? The Regulatory Review », *The Regulatory Review*, <https://www.theregreview.org/2019/09/11/hovenkamp-are-regulatory-agreements-to-address-climate-change-anticompetitive/> (consulté le 19 octobre 2021). [65]
- Iacovides, M. et C. Vrettos (2021), « Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice », *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 1-29, <http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnab010>. [81]
- Inderst, R. et S. Thomas (2021), « Prospective Welfare Analysis - Extending Willingness-to-Pay Assessment to Embrace Sustainability », *Journal of Competition Law & Economics*, <http://dx.doi.org/10.1093/JOCLEC/NHAB021>. [44]
- Inderst, R. et S. Thomas (2021), « Reflective Willingness to Pay - Preferences for Sustainable Consumption in a Consumer Welfare Analysis », [https://www.wiwi.uni-frankfurt.de/fileadmin/user\\_upload/dateien\\_abteilungen/abt\\_fin/Dokumente/PDFs/Allgemeine\\_Dokumente/Inderst\\_Downloads/Neuere\\_Arbeiten\\_seit2015/Inderst\\_and\\_Thomas\\_Reflective\\_WTP\\_5\\_July\\_2021.pdf](https://www.wiwi.uni-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/dateien_abteilungen/abt_fin/Dokumente/PDFs/Allgemeine_Dokumente/Inderst_Downloads/Neuere_Arbeiten_seit2015/Inderst_and_Thomas_Reflective_WTP_5_July_2021.pdf) (consulté le 30 septembre 2021). [30]
- Kar, N., E. Cochrane et B. Spring (2021), *Environmental Sustainability and EU Merger Control: EU Competition Policy's Dark Horse to Support Green Investment*, Concurrences. [62]
- Monti, G. et J. Mulder (2017), « Escaping the Clutches of EU Competition Law: Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives », *European Law Review*, vol. 42, pp. 635-656. [80]
- Nowag, J. (2016), *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford University Press. [32]
- OCDE (2021), *Effective Carbon Rates 2021: Pricing Carbon Emissions through Taxes and Emissions Trading*, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/Oe8e24f5-en>. [9]
- OCDE (2021), *Efficiency Analysis in Vertical Restraints*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2021\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2021)4/en/pdf) (consulté le 28 octobre 2021). [53]
- OCDE (2021), *Environmental Considerations in Competition Enforcement*, *OECD Competition Committee Discussion Paper by Nadine Watson*, OCDE, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)14/fr/pdf). [39]
- OCDE (2021), *L'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2021\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2021)2/fr/pdf) (consulté le 27 octobre 2021). [58]
- OCDE (2021), *Notes sur les principaux thèmes – Réunion du Conseil au niveau des ministres*, [https://www.oecd.org/fr/rcm/MCM\\_2021\\_C-MIN\(2021\)1\\_fr.pdf](https://www.oecd.org/fr/rcm/MCM_2021_C-MIN(2021)1_fr.pdf) (consulté le 22 octobre 2021). [7]
- OCDE (2021), *The Concept of Potential Competition*, <https://www.oecd.org/daf/competition/the-concept-of-potential-competition-2021.pdf> (consulté le 30 octobre 2021). [48]

- OCDE (2021), *The OECD Green Recovery Database: Examining the environmental implications of COVID-19 recovery policies*, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/the-oecd-green-recovery-database-47ae0f0d/> (consulté le 17 septembre 2021). [74]
- OCDE (2020), *Co-operation between competitors in the time of COVID-19*, <https://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf> (consulté le 14 novembre 2020). [45]
- OCDE (2020), *Le rôle de la politique de la concurrence pour promouvoir la reprise économique*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)6/fr/pdf) (consulté le 14 avril 2021). [46]
- OCDE (2020), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf> (consulté le 31 octobre 2021). [60]
- OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Australia and New Zealand*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)62/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)62/en/pdf) (consulté le 19 octobre 2021). [77]
- OCDE (2020), *Sustainability and Competition - Note by Germany*, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapier\\_e/2020/OECD\\_2020\\_Sustainability\\_and\\_Competition.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapier_e/2020/OECD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (consulté le 19 octobre 2021). [76]
- OCDE (2020), *Sustainability and Competition - OECD Competition Committee Discussion Paper*, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf> (consulté le 23 mars 2021). [75]
- OCDE (2019), *Analyse coûts-avantages et environnement : Avancées théoriques et utilisation par les pouvoirs publics*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264300453-fr>. [38]
- OCDE (2018), *Guide du devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf> (consulté le 1 novembre 2021). [64]
- OCDE (2018), *Non-price Effects of Mergers - Note by the European Union*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)14/en/pdf) (consulté le 30 octobre 2021). [42]
- OCDE (2016), *Public Interest Considerations in Merger Control*, <https://www.oecd.org/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm> (consulté le 26 octobre 2021). [67]
- OCDE (2015), *Aligning Policies for a Low-carbon Economy*, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264233294-en>. [6]
- OCDE (2015), *Competition Law and Responsible Business Conduct*, <https://mneguidelines.oecd.org/global-forum/2015GFRBC-Competition-Law-RBC.pdf> (consulté le 31 mars 2021). [49]
- OCDE (2015), *Synthèse de la discussion sur la propriété intellectuelle et le processus de normalisation*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2014\)3/ANN3/FINAL&doclanguage=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2014)3/ANN3/FINAL&doclanguage=fr). [91]

- OCDE (2014), *Propriété intellectuelle et processus de normalisation*, [50]  
[https://one.oecd.org/#/document/DAF/COMP\(2014\)27/fr](https://one.oecd.org/#/document/DAF/COMP(2014)27/fr) (consulté le 28 octobre 2021).
- OCDE (2012), *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, [52]  
<https://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf> (consulté le 30 octobre 2021).
- OCDE (2011), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, [63]  
<http://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/> (consulté le 1 novembre 2021).
- OCDE (2011), *Sustainable Manufacturing Toolkit*, [14]  
<https://www.oecd.org/innovation/green/toolkit/48704993.pdf> (consulté le 2 novembre 2021).
- OCDE (2010), *Horizontal Agreements in the Environmental Context*, [78]  
<http://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf> (consulté le 17 mars 2021).
- OCDE (2010), *Horizontal Agreements in the Environmental Context - UK CMA's Contribution*. [47]
- OCDE (2010), *Standard Setting*, <https://www.oecd.org/daf/competition/47381304.pdf> (consulté le [51]  
28 octobre 2021).
- OCDE (2002), « Glossary of Statistical Terms », [79]  
<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215> (consulté le 30 septembre 2021).
- Peeperkorn, L. (2021), « Competition Policy is not a Stopgap! », *Journal of European* [73]  
*Competition Law & Practice*, <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpab039>.
- Peeperkorn, L. (2021), « Union européenne », dans Holmes, S., D. Middelschulte et M. Snoep [34]  
(dir. pub.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences,  
<https://www.concurrences.com/en/livre/competition-law-climate-change-environmental-sustainability-646#id=66915>.
- Peeperkorn, L. (2020), « Competition and Sustainability: What Can Competition Policy Do? », [40]  
*Concurrences*, vol. 4, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2020/on-topic/sustainability-and-competition-law-97390#nh75>.
- Petrosyan, G. (2019), « DOJ's Probe into Four Automakers: Impartial Investigation or [66]  
Politicization of Antitrust? », *Competition Policy International*,  
<https://www.competitionpolicyinternational.com/dojs-probe-into-four-automakers-impartial-investigation-or-politicization-of-antitrust/> (consulté le 19 octobre 2021).
- Polman, P. et A. Winston (2021), *Net Positive : How Courageous Companies Thrive by Giving* [12]  
*More than They Take*, Harvard Business Review Press.
- Porter, M. et M. Kramer (2011), « Creating Shared Value », *Harvard Business Review*, [26]  
<https://hbr.org/2011/01/the-big-idea-creating-shared-value> (consulté le 19 octobre 2021).
- Pucker, K. (2021), « Overselling Sustainability Reporting », *Harvard Business Review*, [28]  
[https://hbr.org/2021/05/overselling-sustainability-reporting?utm\\_medium=email&utm\\_source=newsletter\\_monthly&utm\\_campaign=finance\\_not\\_activesubs&deliveryName=DM129742](https://hbr.org/2021/05/overselling-sustainability-reporting?utm_medium=email&utm_source=newsletter_monthly&utm_campaign=finance_not_activesubs&deliveryName=DM129742).
- Rosenboom, N. (2021), *The role of sustainability in merger control*, [61]  
<https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/the-role-of-sustainability-in-merger-control/>.

- 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/10.1016/j.ijindorg.2016.04.012>. [18]
- Schinkel, M. et L. Treuren (2021), « Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change », *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/SSRN.3749147>. [41]
- Schinkel, M. et L. Treuren (2021), « Green Antitrust: Why Would Restricting Competition Induce Sustainability Efforts? », *ProMarket*, <https://promarket.org/2021/03/26/green-antitrust-why-would-restricting-competition-induce-sustainability-efforts/?amp>. [31]
- Simon, D. et J. Prince (2016), « The Effect of Competition on Toxic Pollution Releases », *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 79, pp. 40-54, <http://dx.doi.org/10.1016/J.JEEM.2016.03.001>. [72]
- Snoep, M. (2021), *Speech on Sustainability and Cooperation*, GCR Connect, <https://www.acm.nl/en/publications/speech-sustainability-and-cooperation-martijn-snoep-gcr-connect-april-28-2021>. [24]
- Stigler, G. (1974), « Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5/2, pp. 359-365, <https://www.jstor.org/stable/pdf/3003114.pdf>. [23]
- Tirole, J. (2017), *Economics for the Common Good*, Princeton University Press. [71]
- Unilever (2020), *Sustainability cooperations between competitors & Art. 101 TFEU - Submission to DG COMP*, [https://www.unilever.com/Images/unilever\\_submission\\_sustainability\\_competition\\_law\\_tcm244-551751\\_en.pdf](https://www.unilever.com/Images/unilever_submission_sustainability_competition_law_tcm244-551751_en.pdf). [17]
- van Dijk, T. (2021), « A New Approach to Assess Certain Sustainability Agreements under Competition Law », dans Holmes, S., D. Middelschulte et M. Snoep (dir. pub.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences, Paris, <https://www.concurrences.com/en/livre/competition-law-climate-change-environmental-sustainability-646#id=66923>. [25]
- Veljanovski, C. (2021), « Collusion as Environmental Protection - An Economic Assessment », *Journal of Competition Law & Economics*, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab025>. [43]
- Volpin, C. (2021), « Competition and Sustainability: The Odd Couple », dans *Frontiers of Competition Law*, Edward Elgar, à paraître. [35]
- Volpin, C. (2020), « Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves) », *Competition Policy International*, [https://www.competitionpolicyinternational.com/sustainability-as-a-quality-dimension-of-competition-protecting-our-future-selves/#\\_edn42](https://www.competitionpolicyinternational.com/sustainability-as-a-quality-dimension-of-competition-protecting-our-future-selves/#_edn42). [21]
- Wang, S. et al. (2020), « The Implications of Vertical Strategic Interaction on Green Technology Investment in a Supply Chain », *Sustainability*, vol. 12/18, p. 7441, <http://dx.doi.org/10.3390/SU12187441>. [54]
- Wei, Y. et al. (2020), « Self-preservation strategy for approaching global warming targets in the post-Paris Agreement era », *Nature Communications*, vol. 11/1, pp. 1-13, <http://dx.doi.org/10.1038/s41467-020-15453-z>. [70]

Whish, R. et D. Bailey (2021), *Competition Law*, Oxford University Press.

[33]