

Non classifié

Français - Or. Anglais

14 décembre 2022

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

**Compte rendu des discussions tenues lors de l'audition d'experts sur la durabilité et la concurrence**

**Annexe au compte rendu succinct de la 134e réunion du Comité de la concurrence, tenue du 1er au 3 décembre 2020.**

1 décembre 2020

Ce document établi par le Secrétariat présente un compte rendu détaillé des débats qui ont eu lieu pendant la l'audition d'experts sur la durabilité et la concurrence, organisée pendant la 134e réunion du Comité de la concurrence, du 1er au 3 décembre 2020.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :  
<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/durabilite-et-concurrence.htm>

Pour toute question concernant ce document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco [Antonio.Capobianco@oecd.org].

**JT03509901**

## *Compte rendu des discussions tenues lors de l'audition d'experts sur la durabilité et la concurrence*

Le 1<sup>er</sup> décembre 2020, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une audition sur la durabilité et la concurrence. Le débat, à visée exploratoire, portait sur le rôle que le droit et les autorités de la concurrence peuvent jouer dans la réalisation d'objectifs de durabilité. Il a été présidé par Frédéric Jenny, Président du Comité de la concurrence de l'OCDE, et a bénéficié de l'éclairage de huit intervenants :

- **Julian Nowag**, professeur associé, Université de Lund
- **Maarten Pieter Schinkel**, professeur, Université d'Amsterdam
- **Suzanne Kingston**, professeur, Sutherland School of Law, University College, Dublin
- **Maurits Dolmans**, associé, cabinet Cleary Gottlieb
- **Simon Holmes**, juge, cour d'appel de la concurrence du Royaume-Uni
- **Gianni De Stefano**, directeur du département Global Competition Law, AkzoNobel
- **Martijn Snoep**, président de l'Autorité néerlandaise de la consommation et des marchés (ACM)
- **Ioannis Lianos**, président de la Commission grecque de la concurrence (HCC) et professeur, University College, Londres

Le **Président** présente le sujet de l'audition sur la durabilité et la concurrence. Dans le cadre de cette discussion, la « durabilité » désigne le fait de répondre aux besoins de la génération actuelle sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs. Il annonce que le débat portera sur deux grandes questions : Les autorités de la concurrence doivent-elles tenir compte de la durabilité ? Dans l'affirmative, de quelle manière peuvent-elles reconnaître des objectifs de durabilité, par exemple au titre des gains d'efficacité, de l'amélioration de la qualité ou de l'intérêt général ?

Le **Président** rappelle que les Nations Unies ont adopté l'Agenda 2030 et défini 17 Objectifs de développement durable (ODD), ce qui signifie que les pays de l'OCDE ont pris l'engagement d'agir en faveur de la durabilité économique, environnementale et sociale. Certaines autorités de la concurrence ont lancé des projets exploratoires afin de déterminer comment le droit de la concurrence peut favoriser la réalisation de ces objectifs. Il évoque le travail accompli par les autorités de la concurrence du Royaume-Uni, des Pays-Bas, de la Grèce et de l'Allemagne et par la Commission européenne pour publier des lignes directrices et des documents de travail et ouvrir un débat structuré. Les plans de relance adoptés pour atténuer les effets négatifs de la crise liée au COVID-19 orientent également les investissements vers la durabilité et l'innovation verte.

Le **Président** décrit brièvement la relation entre concurrence et durabilité.

Il fait observer qu'il existe de nombreux exemples dans lesquels concurrence et durabilité sont compatibles et se renforcent mutuellement. Ainsi, la concurrence peut inciter les entreprises à innover pour devenir plus durables. Philippe Aghion et ses coauteurs ont constaté que les entreprises présentes dans des marchés où les consommateurs se

préoccupent de l'environnement ont une probabilité plus forte d'investir dans l'innovation propre, en particulier lorsqu'elles mènent leurs activités dans des marchés de produits concurrentiels.

Cependant, il peut aussi arriver que durabilité et concurrence poursuivent des objectifs incompatibles et que des arbitrages se révèlent nécessaires. C'est d'abord le cas dans des situations où une décision favorable à la concurrence aurait des effets négatifs sur la durabilité. On peut citer l'exemple d'une fusion qui aurait des effets anticoncurrentiels mais entraînerait la fermeture d'une usine polluante si elle n'était pas bloquée. C'est aussi le cas si un comportement anticoncurrentiel peut se révéler nécessaire ou utile pour favoriser la durabilité. Ainsi, dans le domaine du recyclage des déchets, il peut être nécessaire de limiter la concurrence entre les entreprises qui collectent les déchets pour éviter que cette concurrence n'entraîne une hausse du prix des déchets qui rendrait le recyclage plus difficile.

Le **Président** résume ensuite certaines des difficultés auxquelles les autorités de la concurrence risquent de se heurter dans ces situations. La première concerne l'adéquation de la norme du bien-être du consommateur à une analyse tenant compte de considérations relatives à la durabilité. La deuxième réside dans la question de savoir s'il est envisageable d'exempter certains types d'accords, sur la base d'une analyse au cas par cas, de l'application du droit de la concurrence lorsque les effets positifs pour la durabilité sont supérieurs aux effets anticoncurrentiels. En pareil cas, il faut de surcroît se demander si ces effets positifs doivent être quantifiés, de même que sur quel marché et à quelle échéance ils doivent se matérialiser. Troisième difficulté : comment les autorités de la concurrence peuvent-elles ou doivent-elles adapter leur analyse dans une situation où la demande des consommateurs ne reflète pas nécessairement bien leurs préférences ?

Selon lui, la relation entre droit de la concurrence et politique publique n'est pas simple non plus. L'un des aspects sur lesquels doit porter le débat concerne la question de savoir si la correction des défaillances du marché doit faire partie des tâches des autorités de la concurrence ou si elle relève d'autres autorités de réglementation. Enfin, le **Président** souligne qu'une convergence internationale pourrait se révéler nécessaire si des initiatives liées à la durabilité ont des conséquences dans plusieurs juridictions.

Le **Président** présente les intervenants qui participent à l'audition. Il commence par demander à **Julian Nowag** de jeter les bases de la discussion en présentant la note qu'il a rédigée. Julian Nowag présente les grandes lignes du document, expliquant que la première partie examine les dimensions économique, sociale et environnementale du concept de durabilité. La deuxième aborde sous un angle normatif la question de savoir si le droit de la concurrence doit participer à la promotion de la durabilité et insiste sur le fait que la réponse à cette question doit dépendre du cadre juridique de chaque pays. La troisième partie explore l'économie de la durabilité et aboutit à la conclusion qu'en règle générale, une situation concurrentielle est plus positive pour la durabilité. La quatrième partie décrit des outils que les autorités de la concurrence pourraient utiliser pour repérer les gains d'efficacité liés à la durabilité dans le cadre des activités qu'elles mènent pour réprimer les pratiques restrictives. La cinquième avance que certaines formes de coopération poursuivant des objectifs de durabilité ne tombent pas sous le coup de l'interdiction des ententes, pour peu que certaines conditions soient réunies. La sixième partie complète les précédentes à travers un examen des procédures qui pourraient permettre une prise en compte de la durabilité par les autorités de la concurrence. En conclusion de son intervention, Julian Nowag fait observer que la mise en balance des préjudices à la concurrence et des effets positifs pour la durabilité est certes un élément important du débat, mais qu'il existe de multiples situations dans lesquelles aucun arbitrage n'est nécessaire.

Comme les discussions sont souvent centrées sur les aspects les plus litigieux, il arrive que des domaines qui posent peu de problèmes soient négligés.

Le Président invite ensuite la **Professeure Suzanne Kingston** à présenter ses arguments concernant la conciliation des objectifs de la politique de la concurrence et de ceux de la politique environnementale. Mme Kingston explique que par le passé, les autorités de la concurrence comme les chercheurs estimaient que le droit de la concurrence devait être axé sur le bien-être du consommateur et les effets d'efficacité économique. Ce discours excluait les objectifs de politique publique non économiques, dont la durabilité, du champ d'application du droit de la concurrence, les renvoyant au périmètre d'action du législateur. Les lignes directrices de 2004 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, et celles de 2011 concernant les accords de coopération horizontale illustrent cette position dans le cas de l'Union européenne (UE).

Selon Mme Kingston, un changement s'impose d'urgence, d'autant plus que les traités fondateurs de l'UE ne plaident pas en faveur de cette séparation rigide. Elle estime que la menace existentielle constituée par le changement climatique fait évoluer les préférences des consommateurs et des entreprises et que les initiatives environnementales prises par le secteur privé sont un élément central de la panoplie de mesures à prendre pour réagir avec efficacité. Le Forest Stewardship Council, le Marine Stewardship Council, les supermarchés qui interdisent l'utilisation de sacs en plastique à usage unique et le mouvement en faveur du désinvestissement des énergies fossiles en apportent la preuve.

Mme Kingston avance que la coopération du secteur privé peut être un moyen de surmonter certains des obstacles auxquels se heurtent les interventions réglementaires. Les acteurs économiques peuvent coopérer au-delà des frontières nationales, connaissent bien leur secteur d'activité et réagissent plus vite.

En Europe, le pacte vert pour l'Europe leur confère d'ailleurs des pouvoirs et des devoirs. De plus, les actions contentieuses engagées en matière climatique, par exemple en Allemagne, aux États-Unis et en Pologne, aboutissent de plus en plus à la reconnaissance des responsabilités des entreprises en tant qu'acteurs de l'environnement. Mme Kingston fait en outre observer que la protection de l'environnement revêt une importance particulière sur le plan juridique et doit être une dimension transversale de tous les autres champs de l'action publique. Ce principe est codifié dans le droit de l'UE par les articles 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et 37 de la Charte des droits fondamentaux. Un système juridique cohérent permet de concilier des intérêts concurrents et n'exclut pas *a priori* les considérations environnementales de l'analyse de la concurrence.

Enfin, selon Mme Kingston, les effets positifs pour l'environnement peuvent être reconnus dans le cadre de la norme du bien-être du consommateur. L'économie de l'environnement a mis au point des outils de mesure de ces bienfaits, par exemple les évaluations du consentement à payer pour la qualité de l'environnement. Il faudrait privilégier une approche au cas par cas pour vérifier que l'argument environnemental n'est pas utilisé comme prétexte pour justifier une collusion. En conclusion, Mme Kingston invite les autorités de la concurrence à faire preuve d'imagination pour faire comprendre aux entreprises que la politique de la concurrence n'empêchera pas des initiatives favorables à l'environnement dès lors qu'elles sont réelles et proportionnées.

Le **Président** remercie Mme Kingston et ajoute que l'une des solutions envisageables pour tenir compte de considérations environnementales consiste à retenir un horizon temporel plus long pour l'analyse de manière à mesurer les effets positifs futurs. Même s'il est difficile de prévoir l'impact de la dégradation cumulée de l'environnement en raison de

l'incertitude qui entoure l'avenir, les autorités de la concurrence pourraient explorer cette voie. Il donne ensuite la parole au **Professeur Maarten Pieter Schinkel**.

M. Schinkel souscrit à l'idée que la norme du bien-être du consommateur permet d'intégrer le bien-être futur sur la base de la structure des préférences des individus. Il souligne cependant que restreindre la concurrence n'est, *in fine*, pas positif pour la durabilité et plaide pour un comportement favorable à la concurrence qui stimule l'innovation et favorise un comportement durable.

M. Schinkel fait observer qu'il peut effectivement y avoir conflit entre durabilité et concurrence, en particulier en raison de problèmes d'externalités, mais qu'autoriser l'apparition d'un pouvoir de marché ne saurait être la solution. Tenter d'atteindre des objectifs de durabilité en autorisant des restrictions à la concurrence engendre des problèmes. Ainsi, autoriser un accord horizontal entre concurrents ne garantit en aucun cas que ces concurrents commenceraient à internaliser ces externalités. La principale question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si une restriction ou la création artificielle d'un pouvoir de marché peut permettre d'atteindre un objectif de durabilité. À cela s'ajoute le risque que les arguments tirés de la durabilité ne soient utilisés pour justifier non seulement des accords anticoncurrentiels, mais aussi des fusions ou des abus de position dominante au nom d'effets positifs pour la durabilité.

Selon M. Schinkel, la recherche économique montre de manière convaincante que les entreprises ne respecteraient pas davantage les normes de responsabilité sociale dans un cadre coopératif que dans un cadre concurrentiel. Leur intérêt à investir dans la RSE n'est pas plus grand dans un cadre coopératif qu'en présence de concurrence. Une enquête conduite par l'autorité néerlandaise de la concurrence sur un accord portant sur la fermeture de centrales thermiques au charbon en fournit un exemple concret. La fermeture réduirait de 10 % la capacité de production d'électricité du pays et entraînerait une hausse du prix de l'électricité engendrant 75 millions EUR de coûts supplémentaires par an pour les consommateurs néerlandais. L'autorité de la concurrence a évalué à 30 millions EUR par an la valeur de la réduction des émissions. Les centrales électriques vendraient alors les droits d'émission qu'elles n'auraient pas à utiliser, si bien qu'ils resteraient sur le marché. En conséquence, à l'échelle de l'Europe, les émissions ne diminueraient pas et l'opération n'aurait pas d'effet positif pour la société. Les producteurs ont refusé de retirer des droits du marché à titre compensatoire. L'autorité a donc rejeté l'accord parce que les effets positifs pour l'environnement n'auraient pas compensé le préjudice financier subi par le consommateur. M. Schinkel précise qu'il approuve cette décision.

Il présente ensuite un modèle permettant d'apprécier l'incidence de la concurrence sur la durabilité. En supposant que les consommateurs soient sensibles aux produits durables et consentent au moins un peu à payer plus en contrepartie de ce caractère durable, et que les entreprises soient des entités principalement mues par un objectif de maximisation des profits, la durabilité devient un critère de différenciation des produits. Cependant, comme elle entraîne des coûts supplémentaires, les entreprises risquent d'être tentées de recourir à des pratiques d'écoblanchiment si elles sont autorisées à conclure des accords au nom de la durabilité. En pareil cas, elles ont intérêt à investir le moins possible dans la durabilité et peuvent augmenter fortement leurs prix. En revanche, dans un contexte concurrentiel, elles s'efforcent d'offrir un produit plus vert que celui proposé par leurs rivales. Pour M. Schinkel, les entreprises se préoccupent moins de RSE lorsqu'elles coopèrent que lorsqu'elles se font concurrence et d'après la recherche, à quelques exceptions près, elles agissent généralement plus pour la durabilité ou l'environnement dans un contexte concurrentiel. D'après lui, il est possible de démontrer que dès lors qu'il y a un consentement à payer, les entreprises investissent plus dans la durabilité lorsqu'elles mènent leurs activités dans un environnement concurrentiel que si elles sont autorisées à

passer des accords sur le degré de durabilité. Une plus grande coopération entre les entreprises risque de les conduire à un comportement collusif sur d'autres aspects. Il fait aussi observer que lorsque le consentement à payer est nul ou négatif, les accords poursuivant des objectifs de durabilité n'engendrent pas d'incitation à investir davantage dans la durabilité.

À l'inverse, il a constaté qu'autoriser des ententes portant sur la production se traduirait par des investissements plus durables parce que les entreprises peuvent récupérer le coût de leur investissement grâce aux prix permis par l'entente tout en se faisant concurrence sur la durabilité. Il fait observer qu'en pareil cas, il serait absolument indispensable de s'assurer que la contrepartie pour le consommateur est suffisante pour compenser les prix beaucoup plus élevés qu'il aurait à acquitter. Or, en pratique, obtenir cette assurance serait une tâche complexe parce que les autorités de la concurrence auraient besoin d'une grande quantité d'informations pour évaluer un tel accord, statuer et exercer une surveillance permanente.

Enfin, M. Schinkel fait valoir que l'accent mis sur les gains de durabilité et sur l'autoréglementation en matière de durabilité pourrait servir d'excuse aux pouvoirs publics pour ne pas réglementer, alors que c'est d'abord et avant tout à eux qu'il revient d'adopter une réglementation adaptée. Selon lui, l'affaire Dutch Chicken of Tomorrow illustre l'absence d'initiative de la part de l'État, qui espérait alors qu'approuver l'accord de coopération privé remplacerait la voie réglementaire.

Le **Président** déclare rejoindre M. Schinkel sur le fait qu'il n'existe pas de corrélation entre l'absence de concurrence et la durabilité, mais estime que dans certains cas, il peut être justifié de tenir compte de la présence de défaillances du marché dans ces affaires. À titre d'exemple, les consommateurs sous-estiment généralement les coûts du changement climatique dans leur consentement à payer et celui-ci est souvent insuffisant pour parvenir à un équilibre de marché plus favorable à la durabilité. Il pose la question de savoir s'il est juste de partir de l'hypothèse que les consommateurs sont prêts à payer pour récompenser les entreprises qui respectent davantage l'environnement. Ayant posé cette question, il présente l'intervenant suivant, **M. Maurits Dolmans**.

M. Dolmans déclare que l'économie de l'environnement traite abondamment des défaillances du marché, en particulier de celles qui résultent d'externalités de prix négatives. Les producteurs peuvent décider de ne pas opter pour une production plus durable par peur que des concurrents polluants ne pratiquent des prix plus faibles qu'eux. De ce point de vue, la coordination peut être un moyen de corriger ces défaillances. Les meilleurs outils seraient la réglementation, la taxation du carbone et les régimes d'échange de droits d'émission.

Toutefois, les pouvoirs publics n'ont pas réussi à aller suffisamment loin sur cette voie, en particulier parce que les prix du carbone sont trop bas pour refléter totalement le coût d'abatement. M. Dolmans rappelle que d'après les calculs effectués par Stern et Stiglitz, il faudrait que le prix du carbone soit compris entre 40 et 80 USD par tonne, et qu'il soit encore plus élevé pour respecter les engagements neutralité à l'horizon 2050. De surcroît, il est d'autant plus urgent d'agir vite que les effets du changement climatique sont cumulatifs.

Si les consommateurs sont prêts à payer plus pour avoir des produits plus durables, il faut encourager la concurrence. Il resterait nécessaire de surveiller les activités et de fixer des normes pour éviter les allégations trompeuses et l'écoblanchiment. En revanche, si les consommateurs ne peuvent ou ne veulent pas payer plus, par exemple en raison de biais comportementaux et d'heuristiques dans la prise de décision, la coopération pourrait être un moyen de remédier aux défaillances du marché. M. Dolmans cite les exemples des normes environnementales volontaires plus exigeantes que le niveau d'émission obligatoire

ou des accords visant à faire cesser l'utilisation de matières premières ou de méthodes de production fortement émettrices.

Il estime que le modèle du Professeur Schinkel est affaibli par certaines hypothèses qui ne reflètent pas nécessairement la réalité. Ainsi, le modèle postule que les entreprises sont uniquement mues par la volonté de maximiser les profits à court terme, alors que l'on assiste à une évolution laissant plus de place à un capitalisme des parties prenantes plus préoccupé par le long terme, aux investissements ESG et au militantisme actionnarial. À noter en particulier que les entreprises comprennent de plus en plus qu'elles ont tout à gagner à ce que leurs concurrents éliminent les émissions de gaz à effet de serre (« externalités positives »). Or, ces bénéfices privés sont aussi positifs pour la société. En pareil cas, les entreprises ont un réel intérêt à tenter d'atteindre des objectifs de durabilité, et les autorités de la concurrence n'ont aucune raison de penser qu'elles ont pour seul but d'accroître leurs profits à court terme aux dépens du consommateur. Le modèle implique également que la compensation ne peut se faire que dans le même marché et fait abstraction du fait que les consommateurs peuvent être dédommagés au moyen d'autres effets positifs sociétaux et non marchands. En conclusion, M. Dolmans souligne que les lignes directrices de l'UE exigent une compensation totale au sein du marché, ce qui n'est cependant pas le cas de la législation sur laquelle elles reposent.

Le **Président** donne ensuite la parole à **M. Gianni De Stefano**, l'invitant à expliquer dans quelles circonstances la coopération est, selon lui, nécessaire pour atteindre des objectifs de durabilité.

M. De Stefano rappelle aux participants que les Nations Unies reconnaissent que les entreprises privées ont un rôle important à jouer dans la réalisation des objectifs de durabilité. Il fait observer qu'il existe un paradoxe, les entreprises déclarant qu'elles veulent coopérer mais le faisant peu dans la pratique. Il ajoute que l'une des explications pourrait résider dans un effet trop dissuasif du droit de la concurrence.

Il évoque ensuite le risque d'écoblanchiment dans le cadre d'ententes, citant les exemples des ententes sur la lessive en poudre et entre constructeurs de poids lourds et de l'enquête de la Commission européenne visant le secteur automobile. Il fait observer que les participants à ces ententes ont d'abord parlé d'aspects environnementaux puis se sont entendus sur les prix, et met en garde contre le risque que les entreprises s'entendent pour réduire collectivement leur respect des normes environnementales et retarder l'innovation.

Les situations dans lesquelles des concurrents risquent de décider d'adopter ensemble des normes environnementales plus exigeantes sont un exemple de coopération plus complexe. Pour y parvenir, elles doivent se coordonner sur d'autres aspects, par exemple le choix du processus, pour lesquels la ligne rouge est plus difficile à définir. C'est la raison pour laquelle, selon M. De Stefano, les entreprises ont besoin d'orientations.

Il propose que les autorités de la concurrence et les juristes engagent un dialogue avec les associations professionnelles pour fournir des conseils afin d'aider les entreprises à coopérer sans enfreindre les règles. Il ajoute que les lignes directrices publiées par les autorités de la concurrence néerlandaise et grecque et par la Commission européenne constituent des outils utiles. Il fait aussi observer que les lettres d'intention, sur le modèle de ce que préconisent les lignes directrices de la Commission dans les secteurs pharmaceutique et automobile, pourraient être utilisées.

Le **Président** cite un autre exemple de coopération relevant de la zone grise. Il rappelle aux participants l'enquête du ministère fédéral de la Justice des États-Unis sur un accord entre des constructeurs automobiles et l'État de Californie. L'accord en cause fixait des seuils d'émission inférieurs à ceux établis par le droit fédéral, ce qui risquait de faire augmenter le prix des voitures pour les acheteurs californiens. Le **Président** explique que les prix

risquaient d'augmenter, mais que le coût du transport diminuerait probablement et souligne qu'il pourrait être judicieux d'inclure ce futur effet positif dans l'analyse sous l'angle du bien-être du consommateur. Il fait observer qu'il faut faire porter la discussion sur la manière dont la norme du bien-être du consommateur doit être interprétée au lieu de s'interroger sur sa pertinence.

Le **Président** donne ensuite la parole à **M. Simon Holmes**, qui précise avoir prévu d'axer son intervention sur le changement climatique et les dommages à l'environnement. De son point de vue, la voie réglementaire est la meilleure solution, mais il regrette que le processus soit souvent trop long, que la réglementation ait en général un champ d'application limité et manque d'ambition. Il y voit la raison pour laquelle le secteur privé doit aller plus loin. M. Holmes reconnaît qu'il faut concilier concurrence et durabilité, mais estime qu'en présence de défaillances du marché – par exemple d'un désavantage du précurseur –, la coopération est à la fois bénéfique et nécessaire.

Selon lui, le droit de la concurrence peut permettre de traiter le problème, mais il est actuellement perçu comme un obstacle par les acteurs du marché. Il cite une étude de Linklaters selon laquelle plus de 60 % des entreprises déclarent ne pas avoir pris part à des actions en faveur de la durabilité par peur du droit de la concurrence.

Il expose ensuite des arguments qui montrent qu'une coopération favorable à la durabilité n'est en général pas contraire au droit de la concurrence. Certains accords non litigieux pourraient même ne pas tomber sous le coup de l'article 101 du TFUE. En outre, la doctrine des restrictions accessoires et les règles relatives aux accords de normalisation pourraient, dans certains cas, être invoquées pour qu'une forme de coopération soit autorisée.

S'agissant des exemptions prévues par l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, M. Holmes se concentre sur la première condition, selon laquelle les accords doivent contribuer « à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique » (soulignement ajouté). Il fait observer que les quatre volets de cette disposition peuvent être invoqués pour justifier une coopération et qu'il ne faut pas attacher de l'importance qu'à celui relatif au progrès économique. À titre d'exemple, une moindre utilisation de ressources pendant le processus de production, la mutualisation de systèmes de distribution ou la conception de nouvelles technologies vertes pourraient être présentées comme des effets bénéfiques à prendre en compte au titre des autres volets.

Selon lui, le cadre juridique de l'UE en matière de concurrence permet de tenir compte du changement climatique et de réduire les dommages à l'environnement. De plus, l'article 11 du TFUE fait obligation d'intégrer les questions en lien avec la protection de l'environnement et la durabilité à tous les domaines de l'action publique. M. Holmes ajoute que les principes évoqués pour l'UE pourraient être pertinents pour d'autres juridictions, indiquant à titre d'exemple que le système australien a fait preuve de souplesse et a approuvé des initiatives en faveur de la durabilité.

Le **Président** fait observer qu'il pourrait être utile de s'intéresser à une éventuelle faute de communication des autorités de la concurrence, qui auraient échoué à faire savoir que la concurrence n'empêche pas les initiatives en faveur de la durabilité. Il fait la comparaison avec ce qui s'est produit pendant la crise du Covid-19, durant laquelle la coopération horizontale a été encouragée dans certaines circonstances bien précises. Il invite ensuite **M. Martijn Snoep**, de l'AMC, l'autorité de la concurrence néerlandaise, à s'exprimer au sujet du projet de lignes directrices relatives à la durabilité.

M. Snoep explique que l'ACM a plusieurs missions, dont celle d'assurer le bon fonctionnement des marchés pour les individus et les entreprises, maintenant et à l'avenir. Les lignes directrices devaient permettre de mener une réflexion sur le droit néerlandais de la concurrence et de comprendre dans quelles circonstances il était possible d'évaluer de

manière plus positive les accords poursuivant un objectif de durabilité. Il ajoute espérer qu'elles favoriseront l'ouverture d'un débat international sur cette question et l'accéléreront.

La première version de ces lignes directrices fournit de nombreux exemples de types d'accords qui ne restreignent pas la concurrence. Elle montre aussi que l'ACM serait prête à aider les parties dans leur autoévaluation afin de faciliter la formulation des accords poursuivant des objectifs de durabilité et pourrait assurer un accompagnement individuel. De plus, les lignes directrices prévoient une immunité ou un engagement de l'ACM à ne pas infliger d'amende si un accord relatif à la durabilité a finalement des effets anticoncurrentiels dès lors qu'il a été conclu de bonne foi.

Cette première version décrit également une nouvelle approche pour un type particulier d'accords de durabilité : les accords concernant les atteintes à l'environnement. Dans le cas de ce type d'accords, l'ACM propose de comparer les effets négatifs d'une restriction à la concurrence à ses avantages pour la société dans son ensemble. Cette comparaison prendrait en compte l'impact à long terme. M. Snoep souligne que cette approche serait conforme au droit néerlandais et aux traités de l'UE.

Il ajoute que durant la phase de consultation, la plupart des réactions aux lignes directrices ont été positives. Des critiques ont néanmoins été formulées dans les deux sens. Certains ont fait valoir que l'ACM devait s'en tenir à une interprétation stricte et exclure les effets d'efficacité qui se manifestent en dehors du marché pertinent, quand d'autres ont déploré que les accords concernant les atteintes à l'environnement n'aient pas une définition plus large et que la dérogation ne profite pas à un plus grand nombre d'accords. Une autre version des lignes directrices devrait être publiée en janvier pour préciser la définition de la notion d'accord concernant les atteintes à l'environnement.

Elle contiendra également plus d'indications sur la marche à suivre pour quantifier les effets positifs pour la société. Ensuite, l'ACM et la Commission grecque de la concurrence (HCC) publieront un rapport commun contenant plus de détails sur les méthodes à employer pour quantifier les bienfaits pour l'environnement.

En conclusion, M. Snoep rappelle que les Pays-Bas sont un pays trop petit pour avoir un réel impact au niveau mondial et dit espérer que les autorités nationales, les organisations internationales et les entreprises vont travailler ensemble sur le sujet.

Le **Président** présente ensuite le **Professeur Ioannis Lianos**, de la HCC, et l'invite à décrire l'approche de la Grèce et à la comparer à celle des Pays-Bas.

M. Lianos commence son intervention en soulignant que même si de petits changements peuvent faire une grande différence, le rôle des autorités de la concurrence en matière de durabilité est nécessairement limité. Toutefois, les pays ne disposent pas tous des mêmes compétences et des mêmes moyens financiers pour aborder la question par la voie réglementaire. Il fait observer que le droit de la concurrence de l'UE s'applique aussi aux initiatives relevant de l'autoréglementation, ce qui signifie que les conseils donnés par les autorités de la concurrence doivent s'adresser non seulement aux entreprises, mais aussi aux pouvoirs publics.

La HCC et l'ACM sont sur la même ligne, mais il existe quelques différences d'approche. M. Lianos rappelle que selon la conception générale, les effets d'efficacité de l'accord restrictif doivent être suffisants pour l'emporter sur les effets anticoncurrentiels. De plus, le groupe de consommateurs bénéficiant des effets d'efficacité doit au moins se recouper avec celui qui subit les effets négatifs.

Il ajoute que le concept d'utilisateur est généralement assimilé à tort au concept de consommateur et devrait être élargi. Les préférences des utilisateurs peuvent être révélées

dans des contextes autres que celui d'un achat, par exemple lorsqu'ils agissent en tant que citoyens, *a fortiori* lorsqu'ils expriment leur soutien aux politiques en faveur de l'environnement. Dans ce contexte, le fait que la protection de l'environnement soit prévue dans la législation et dans les traités et constitutions est le signe d'une préférence affichée des citoyens pour cette protection. En conséquence, selon M. Lianos, l'État tente dans une certaine mesure de transformer les préférences des utilisateurs à travers une intervention normative en mettant en avant des objectifs et principes environnementaux. Cette approche devrait aussi concerner le droit de la concurrence. Deux des conditions énoncées par l'article 101, paragraphe 3, du TFUE permettent d'empêcher une interprétation trop large, à savoir que l'accord ne doit pas imposer plus de restrictions que ce qui est indispensable et ne doit pas éliminer la concurrence.

Il ajoute que pour établir leur rapport économique commun, l'HCC et l'AMC ont examiné plusieurs méthodes de quantification utilisables pour comparer les effets positifs et les effets négatifs, en particulier des méthodes fondées sur le consentement à payer. Les deux autorités ont donc mobilisé l'économie de l'environnement et les méthodes des préférences révélées et des préférences déclarées. Elles ont également tenu compte du phénomène de parasitisme. Elles ont par exemple observé que les consommateurs étaient tout à fait prêts à payer pour avoir des produits durables, mais préféreraient que d'autres paient pour la réduction des émissions. Par ailleurs, il est tout à fait possible que les futures générations de consommateurs aient un consentement à payer supérieur à celui de la génération actuelle. Il se peut aussi que les consommateurs soient davantage prêts à payer s'ils ont la garantie que d'autres sont également mis à contribution.

La HCC et l'ACM se sont aussi intéressées aux effets positifs pour les citoyens dans leur ensemble. À titre d'exemple, les effets positifs d'une réduction des émissions de CO<sub>2</sub> profitent aux consommateurs et aux non-consommateurs, qui ensemble, forment le groupe constitué de tous les citoyens. Pour mesurer en termes monétaires les effets positifs dont profitent les citoyens, il est possible d'utiliser des prix fictifs estimés à partir du coût des dommages ou du coût d'abattement. L'idée serait donc de déterminer comment utiliser des prix fictifs pour quantifier les gains de durabilité de telle manière qu'ils puissent être comparés à une hausse des prix. Les autorités de la concurrence pourraient ainsi évaluer les effets positifs pour le groupe formé par les citoyens, plus large que celui formé par les consommateurs.

En conclusion, M. Lianos explique que les autorités grecque et néerlandaise ont tenté d'adopter une approche plus réaliste des intérêts des utilisateurs et de se fonder sur la signification du contexte constitutionnel en général pour établir ces intérêts plutôt que le seul consentement à payer des utilisateurs. Il renvoie à ce propos à l'approche du bien-être social utilisée par Bergson et Samuelson et au critère maximin de Rawls, consistant à analyser les utilisateurs qui ont les attentes les plus faibles en ce qui concerne les gains à espérer de la durabilité environnementale.

Le **Président** invite ensuite les experts à faire part de leurs commentaires sur l'approche des autres.

Le **Professeur Schinkel** souligne que dans son analyse, même dans l'hypothèse où le consentement à payer des consommateurs serait faible, nul ou négatif, les entreprises agiraient plus pour l'environnement dans un contexte concurrentiel que dans un contexte coopératif. En conséquence, la coopération serait une solution si les autres entreprises pouvaient d'une manière ou d'une autre profiter des efforts mobilisés par les autres, ce qui inciterait les entreprises en concurrence à attendre que les autres se différencient sur la base de caractéristiques liées à la durabilité.

Il existe certes des exceptions, par exemple dans le cas des biens verts ou d'accords garantissant des conditions de concurrence égale, mais ces exceptions resteront extrêmement rares. Il ajoute souscrire à l'argument de MM. Lianos et Snoep sur le fait que l'économie de l'environnement peut fournir des outils utiles à la mesure des effets positifs, du consentement à payer et de l'altruisme entre générations. Il souligne cependant qu'il s'agit là d'un autre débat que celui portant sur le fait que les entreprises ne sont pas motivées à faire des efforts ensemble dans le domaine de la RSE. C'est pourquoi il reste hostile à une interprétation extensive du critère de compensation, estimant que les exemptions à l'interdiction des ententes ne doivent être accordées qu'à des entreprises contraintes de faire, en matière de durabilité, des efforts d'ampleur compensant les effets négatifs des restrictions.

Il ajoute qu'il faudrait réserver aux accords portant sur la réalisation d'investissements verts communs un traitement différent de celui réservé aux accords de coopération en recherche et développement.

Le **Président** demande s'il faudrait élargir le débat au-delà du changement climatique, pour le faire porter sur la durabilité de manière plus large. **M. Holmes** répond que les questions relatives au changement climatique et aux atteintes à l'environnement ont un caractère d'urgence absolue et que des progrès doivent être accomplis rapidement. Il reconnaît cependant que certains enseignements pourraient être appliqués à d'autres domaines, au cas par cas.

**M. De Stefano** avance qu'au sein de l'UE, la prise en compte des objectifs environnementaux dans l'action publique est un objectif juridique, comme en témoigne le pacte vert pour l'Europe.

**M. Snoep** fait observer que les exemples figurant dans les lignes directrices sont applicables à un large éventail d'initiatives en faveur de la durabilité. Les accords relatifs au changement climatique pourraient cependant exiger une autre approche, justifiée par l'ampleur des externalités négatives pour la société. Il ne souscrit pas à l'idée que les entreprises n'ont pas intérêt à réduire les externalités négatives et estime qu'elles y ont intérêt même lorsque le consentement des consommateurs à payer est trop faible pour justifier cette réduction.

Le **Professeur Nowag** ajoute que l'environnement est au cœur de la durabilité, d'où l'importance accordée au changement climatique. Il souligne qu'il ne faut pas confondre le plan descriptif et le plan normatif. Il dit ensuite approuver le travail de l'ACM, qui fait la différence entre les domaines non litigieux, dans lesquels le droit de la concurrence reconnaît déjà les gains d'efficacité environnementaux engendrés par les processus de production qui réduisent la consommation de matières premières ou améliorent la qualité d'un produit, et les cas plus exceptionnels, dans lesquels il peut y avoir controverse. Il explique qu'il est important de garantir une sécurité juridique dans les domaines non controversés, comme l'innovation, les normes et la R-D.

Le **Président** fait valoir que les entreprises ont besoin d'informations fiables, par exemple fournies par des lignes directrices, pour savoir quel regard les autorités de la concurrence portent sur différents types d'effets d'efficacité.

La **Professeur Kingston** en revient à la question de la place centrale réservée au changement climatique. Elle insiste sur le fait que les données scientifiques ne laissent guère de doute sur les risques liés à ce changement et sur la menace immédiate que représente la dégradation de l'environnement. Elle cite l'affaire Urgenda, portée devant la Cour suprême néerlandaise, qui a exigé que le gouvernement néerlandais s'engage à réduire les émissions au-delà de ce qu'exige le droit de l'UE.

**M. Dolman** ajoute que le Parlement européen a décrété l'état d'urgence climatique et que l'article 191 du TFUE dispose que la politique dans le domaine de l'environnement doit être fondée sur le principe de précaution. Selon lui, la Cour a interprété ce principe comme faisant primer les exigences en matière de protection de l'environnement sur les intérêts économiques. De plus, l'Accord de Paris et les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme renferment des obligations juridiques relatives au changement climatique.

Le **Président** demande si un pays non membre de l'UE pourrait adopter une position différente, donnant plus de place à d'autres aspects de la durabilité. **M. Dolman** fait observer que la Convention européenne des droits de l'homme a de nombreux points communs avec la Déclaration des droits de l'homme des Nations Unies. Il insiste sur le fait que le changement climatique est une urgence mondiale et que la pollution traverse les frontières entre les pays.

Le **Président** invite ensuite les délégations à faire part de leurs observations sur les discussions. Il passe d'abord la parole à l'**Italie**.

L'Italie salue la discussion qui a eu lieu et explique être généralement favorable à la prise en compte de facteurs liés à la durabilité dans l'évaluation. Toutefois, il convient de ne pas trop élargir le champ d'application du droit de la concurrence. L'approche adoptée par les autorités de la concurrence à l'égard de la coopération horizontale dans le contexte de la pandémie de Covid-19 pourrait servir de base à une position commune. La délégation italienne insiste sur l'importance de la coopération internationale dans ce domaine, soulignant qu'il serait notamment particulièrement utile d'établir une coordination par l'intermédiaire du Réseau européen de la concurrence (REC).

Pour l'heure, l'autorité italienne de la concurrence s'est fixé deux priorités. La première est le recours à des examens de proportionnalité pour mettre en balance les objectifs de la concurrence et d'autres objectifs de l'action publique. La délégation cite l'exemple du traitement des questions de santé publique lors de l'évaluation des effets sur la concurrence du déploiement de la 5G. De même, lorsqu'elle évalue certains nouveaux modèles économiques de l'économie collaborative, elle évalue les effets sur la circulation urbaine. Deuxièmement, elle utilise les pouvoirs dont elle dispose en matière d'application du droit de la concurrence pour promouvoir des objectifs de durabilité. Ainsi, une enquête concernant le comportement d'éviction d'un consortium de filière a permis d'intensifier la concurrence tout en améliorant les services de collecte et de recyclage des emballages utilisés pour l'eau à usage alimentaire.

Le **Président** résume de nouveau les débats et souligne que d'après les contributions, le changement climatique occupe une place particulière parce qu'il est urgent d'agir et que l'on dispose de preuves scientifiques. Il ajoute qu'il y a probablement des défaillances du marché en raison de problèmes liés au fait que le mécanisme de formation des prix ne tient pas totalement compte des externalités négatives. Selon lui, le prix des ressources ne reflète pas les coûts d'opportunité de leur épuisement. De même, le coût de la pollution ne reflète pas le coût réel de l'épuisement des ressources.

Le débat a notamment porté sur la question de savoir si la coopération était susceptible de remédier à ces défaillances et d'améliorer la durabilité. Certains ont répondu par l'affirmative, soutenant qu'il y avait une défaillance du marché du côté de la demande, les consommateurs ne connaissant pas le prix réel à payer en contrepartie de leurs préférences ou refusant de la payer, et que dans certains cas, la coopération pouvait constituer une solution. D'autres ont exprimé leur scepticisme, considérant que rien ne prouve que les entreprises impliquées investissent davantage dans la durabilité lorsqu'elles coopèrent. Le

Président en déduit qu'il n'existe pas de raison évidente de penser que la coopération conduit systématiquement à une solution plus durable.

Il est selon lui difficile pour les autorités de la concurrence de faire la différence entre une coopération anticoncurrentielle susceptible d'avoir des effets positifs pour la durabilité et une coopération uniquement anticoncurrentielle. Il se demande également si l'interprétation de la norme du bien-être du consommateur doit évoluer pour s'adapter à cette analyse. Les intervenants étaient tous d'accord pour dire que la norme actuelle est souple, de sorte que les autorités de la concurrence peuvent la modifier pour y intégrer un critère de durabilité. Il évoque la question de la quantification. À cet égard, il est essentiel de mettre au point des outils d'analyse adaptés et de combler les lacunes de la communication pour que les entreprises comprennent bien ce que l'analyse des autorités de la concurrence va être. C'est là que les lignes directrices entrent en jeu.

L'Allemagne intervient pour expliquer que le Bundeskartellamt a déjà acquis une certaine expérience pour avoir évalué divers accords de coopération, par exemple dans le domaine de la certification commerce équitable et du bien-être animal. La délégation rappelle combien il est important de prendre en compte les conséquences environnementales et évoque la latitude dont dispose l'autorité pour statuer de manière indépendante.

Elle demande ensuite si les éléments qui sont ressortis des débats doivent aussi être appliqués au contrôle des fusions. On pourrait alors imaginer qu'une fusion bénéfique à l'environnement puisse être autorisée et une fusion dommageable pour l'environnement interdite. La délégation cite à titre d'exemple la fusion Bayer-Monsanto examinée par la Commission européenne.

Elle fait part de son scepticisme dans l'hypothèse où l'orientation du débat actuel conduirait à appliquer une règle de raison ou à appliquer le même raisonnement en matière de préservation de l'emploi. Le résultat pourrait être une politisation des autorités de la concurrence. Il faudrait cependant débattre de cette question plus avant au niveau de l'OCDE et au niveau européen. Il faudrait en outre impliquer les législateurs, qui pourraient avoir à prendre des décisions sur l'évolution du droit.

Le **Président** estime qu'il faut séparer la question de la prise en compte des aspects environnementaux dans une évaluation réalisée sur le fondement du droit de la concurrence et l'analyse tenant compte de l'intérêt général à effectuer dans le cadre du contrôle des fusions. Il se demande ensuite s'il est justifié d'intégrer le changement climatique dans le champ du droit de la concurrence et de ne pas le faire pour d'autres objectifs de politique publique comme la lutte contre la pauvreté et s'il est nécessaire d'examiner s'il y a un arbitrage à faire entre ces problématiques.

Enfin, il explique se rallier à l'idée que la discussion entre autorités de la concurrence doit se poursuivre et que les autorités pourraient dialoguer au sujet de l'expérience acquise dans le cadre d'affaires liées à la durabilité. Il ajoute que l'OCDE va tenter d'organiser cette discussion avec les autorités nationales de la concurrence prochainement. Le **Président** remercie les intervenants et tous les participants et déclare que l'audition est terminée.