Droit de la concurrence et durabilité

economie

SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie

.be

Étude réalisée pour le SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie par :

- Simont Braun - Manuela von Kuegelgen et Cédric Henet
- Slo. - Géraldine Wirtz

Avertissement : cette étude a été réalisée par plusieurs prestataires externes au SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie. Les opinions exprimées dans cette étude sont celles de ses auteurs et ne reflètent en aucun cas la position du SPF Economie ou de l'État belge sur le sujet traité. Le SPF Economie ne peut être tenu responsable des éventuelles inexactitudes contenues dans cette étude.

economie

SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie

Rue du Progrès 50 — 1210 Bruxelles

Numéro d'entreprise : 0314.595.348

- 0800 120 33 (numéro gratuit)
- SPFEco
- @spfeconomie
- linkedin.com/company/fod-economie (page bilingue)
- instagram.com/spfeco
- youtube.com/user/SPFEconomie
- economie.fgov.be

Éditrice responsable :
Séverine Waterbley
Présidente du Comité de direction
Rue du Progrès 50 — 1210 Bruxelles

Version internet

151-25

Table des matières

Table des matières **3**

Introduction **6**

Partie I.Exposé des règles de droit belge et de droit européen **8**

A. Introduction - plan et détermination du champ de l'étude **8**

B. Principes et définitions **9**

1. Les objectifs évolutifs du droit de la concurrence 9
2. La relation entre le droit belge et le droit européen de la concurrence 11
3. Le droit des accords de coopération horizontale 13
4. La notion d' « accords de durabilité » 16

C. Classification des accords de durabilité **17**

1. Les accords non restrictifs de concurrence 18
2. Accords exemptés 23
3. Le cas spécifique des ententes verticales 31

D. Quelques décisions jurisprudentielles - Le droit de la concurrence au service de la durabilité **32**

1. L'affaire des revêtements de sol (FR) (2017) 33
2. L'affaire AdBlue (UE) (2021) 33
3. L'affaire des emballages alimentaires et du Bisphénol A (FR) (2023) 34
4. Deux premières décisions rendues par la Commission (2025) 35

E. Le risque de *greenwashing* **36**

F. Brèves observations sur le régime des abus de position dominante et des abus de dépendance économique **39**

1. *As a sword* 40
2. *As a shield* 42

Partie II.*Benchmarking* des initiatives nationales **43**

A. Pays-Bas – *Guidelines* et décisions individuelles **44**

1. Projets de *guidelines* et *Legal memo* (2021) 44
2. « Policy Rule » (2023) 49
3. « Open door policy » 50
4. Décisions individuelles rendues 50

B. Grèce – *Sustainability Sandbox* **51**

C. Autriche – Une mesure législative **54**

1. La nouvelle exemption et son contexte 54
2. Les conditions d'exemption 54
3. *Guidelines* 56

D. France – L'Autorité française de la concurrence (AFC) **57**

E. Allemagne – Divers développements **59**

F. Portugal – Un guide des bonnes pratiques ... 60

G. Italie – Une réflexion en cours ... 60

H. Royaume-Uni – *Guidelines de la Competition and Markets Authority (CMA)* ... 61

1. Accords environnementaux peu susceptibles d'enfreindre le droit de la concurrence ... 62
2. Accords environnementaux susceptibles d'enfreindre le droit de la concurrence ... 63
3. Restrictions accessoires (*Ancillary restraints*) ... 63
4. Exemptions applicables aux accords de durabilité environnementale ... 63
5. Approche permissive en matière d'exemption pour les accords relatifs au changement climatique 64
6. Protection contre les amendes et politique de « porte ouverte » ... 65

I. Tableau comparatif des initiatives européennes ... 67

Partie III.Analyse des pratiques de coopération durable entre entreprises - perceptions, obstacles et leviers d'action face au droit de la concurrence ... 75

A. Introduction ... 75

B. Méthodologie ... 75

C. Résultats et analyse des données de terrain ... 76

1. Implication dans des projets de coopération durable ... 76
2. Perception des règles de concurrence ... 76
3. Obstacles rencontrés ... 77
4. Impact sur les projets ... 77
5. Besoins exprimés ... 77
6. Préoccupations liées au *greenwashing* ... 78

D. Zoom sur les perspectives d'une entreprise du secteur agroalimentaire ... 79

E. Zoom sur les perspectives d'une association environnementale ... 80

F. Zoom sur les perspectives de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) ... 80

1. Un manque de clarté juridique qui freine les initiatives durables ... 81
2. Les défis liés à la charge de la preuve pour les initiatives durables ... 81
3. Une approche pragmatique et flexible des autorités est nécessaire ... 81
4. Une convergence internationale cruciale pour les initiatives transfrontalières ... 82
5. Un usage élargi des instruments juridiques existants ... 82
6. Réduire les délais et simplifier les processus de pré-autorisation ... 82
7. Encourager la remontée de cas réels et la co-construction de jurisprudence ... 83
8. Intégrer pleinement les bénéfices non immédiats, indirects et collectifs ... 83

G. Conclusion de la partie III ... 83

Constats conclusifs et recommandations ... 84

A. Constats ... 84

1. Premier constat ... 84
2. Second constat ... 84
3. Troisième constat ... 84
4. Quatrième constat ... 85
5. Cinquième constat ... 85

B. Recommandations ... 85

1. Recommandation 1 – Clarifier : Elaborer des lignes directrices belges 86

2. Recommandation 2 – Guider : Mettre en place un accompagnement *ex ante* des coopérations durables 87

3. Recommandation 3 – Evaluer les dispositifs 88

4. Recommandation 4 - Sanctionner : Lutter plus fermement contre le greenwashing 88

5. Recommandation 5 : Coordonner – Renforcer l'alignement européen et international 89

6. Recommandation 6 : Sensibiliser – Outiller les entreprises pour naviguer entre coopération durable et droit de concurrence 89

Introduction

Les objectifs de durabilité, notamment les objectifs environnementaux et climatiques, sont désormais nombreux et omniprésents. Dès 1992, la Convention sur la diversité biologique a été conclue et la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC) a été ratifiée par 197 pays, dont la Belgique. En 2015, l'Accord de Paris a engagé les Etats à contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2° C par rapport aux niveaux préindustriels et à poursuivre l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5° C[1]. La même année, dix-sept « Objectifs de développement durable » ont été fixés par les Nations Unies[2]. En vertu de la « Loi européenne sur le climat », élément clé du Pacte Vert pour l'Europe, les pays de l'Union européenne (UE) doivent réduire leurs émissions de gaz à effet de serre (GES) d'au moins 55 % d'ici 2023[3]. Enfin, dans l'affaire *Klimaatzaak*, la Cour d'appel de Bruxelles a imposé à l'Etat fédéral belge et aux Régions bruxelloises et flamande un objectif minimal de réduction des émissions de GES de 55 % d'ici 2030 par rapport aux niveaux de 1990[4].

La transition vers une économie durable et l'atteinte des objectifs précités nécessitent un engagement important des entreprises et une transformation profonde de leurs méthodes de production, modes de transport et pratiques de commercialisation. Cet engagement se traduit déjà par de nombreuses initiatives, qu'elles soient autonomes ou menées conjointement, souvent formalisées sous la forme d' « *accords verts* » ou, plus généralement, d' « *accords de durabilité* ». Ces accords entre entreprises, les échanges d'informations qu'ils impliquent et les pratiques communes qu'ils instaurent jouent un rôle essentiel dans la transition durable de l'activité économique[5]. Ils permettent notamment d'éviter que les entreprises qui adoptent des méthodes de production plus durables – souvent plus coûteuses - soient désavantagées en agissant plus tôt que leurs concurrents (« *first-mover disadvantage* »). Ces accords facilitent également la mutualisation des ressources, infrastructures et compétences, contribuant ainsi à une transition écologique et sociale accélérée dans les secteurs productifs, industriels ou agricoles. Enfin, la coopération entre entreprises concurrentes sur un marché déterminé peut, dans certains cas, générer des gains de productivité qui profitent directement aux consommateurs et favorisent indirectement l'augmentation de la part de la consommation durable dans la consommation globale.

Pour les entreprises comme pour les autorités publiques[6], l'enjeu dans ce contexte est de concilier, de la façon la plus transparente, prévisible et objective possible, les exigences de la concurrence avec les impératifs de la durabilité, afin de faire de ces deux ensembles d'objectifs des leviers complémentaires d'une économie durable.[7]

La tension entre concurrence libre et non faussée et durabilité sociale et environnementale suscite une attention croissante dans les milieux académiques et politiques mais aussi au sein des

---

[1] Art. 2, para. 1, a), Accord de Paris.

[2] Voy., le Programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'ONU.

[3] Art. 1, Règlement (UE) 2021/119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n° 401/2009 et (UE) 2018/1999 ("Loi européenne sur le climat"), JO 2021 L 243/1.

[4] Bruxelles (2ème ch. F.), *Klimaatzaak et al. c. Etat belge et al.*, 30 novembre 2023, R.G. 2021/AR/1589.

[5] L'autorité de concurrence du Royaume-Uni (CMA) écrivait déjà en 2010 : « Agreements between firms may be particularly appealing to policy makers as they may help achieve policy goals without the requirement of government legislation or explicit regulation. Such agreements have the potential of allowing firms to pursue actions that secure beneficial environmental outcomes in as efficient a way as possible » (OFT-OCDE, OFT Contribution to the OECD Roundtable on Horizontal Agreements in the Environmental Context 2010, 24 Novembre 2011).

[6] La prise en compte de la durabilité dans les politiques de concurrence fait régulièrement l'objet de discussions entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence au sein du *European Competition Network* (ECN).

[7] Pour une étude précurseur, voy. G. J. Martin, « L'ordre concurrentiel et la protection de l'environnement », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, p. 471.

entreprises qui appellent explicitement les autorités publiques, en particulier les autorités de concurrence, à adapter leurs politiques afin de surmonter cette tension[8].

D'un côté, le droit de la concurrence peut soutenir le développement durable en assurant une concurrence effective, propice à l'innovation, à l'amélioration de la qualité des produits et à une allocation efficiente des ressources. En favorisant le bon fonctionnement du marché, il peut permettre aux acteurs économiques de répondre efficacement à la demande croissante de produits durables.[9]

Mais d'un autre côté, l'application rigide de ces principes ne devrait pas empêcher les entreprises de coopérer lorsque cette coopération vise à remédier aux défaillances du marché, et notamment à la non-intégration des externalités négatives générées par certaines activités économiques ou productives. Autrement dit, du point de vue de l'intérêt général, il peut être optimal de laisser les entreprises se coordonner afin qu'elles réduisent ensemble les impacts négatifs de leurs activités.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente étude. Elle vise à examiner :

- dans quelles conditions les règles de concurrence belge et européenne permettent – ou au contraire empêchent – la conclusion d'accords de durabilité entre entreprises ;
- quelles mesures la Belgique pourrait éventuellement adopter pour mieux concilier les objectifs de libre concurrence et de durabilité.

La première partie de l'étude identifie et analyse les dispositions du droit belge et européen de la concurrence actuellement applicables aux accords de durabilité entre entreprises. Elle permet de cerner les marges de manœuvre dont disposent aujourd'hui les entreprises pour coopérer, ainsi que les limites posées par les règles de concurrence. Elle contient également une section reprenant quelques observations spécifiques relatives à la relation entre, d'une part, le régime des abus de position dominante et de dépendance économique et, de l'autre, les objectifs de durabilité.

La deuxième partie propose un exercice de comparaison et d'analyse des initiatives adoptées par huit États membres de l'Union européenne, en vue de renforcer la sécurité juridique des entreprises engagées dans des démarches de durabilité.

La troisième partie s'appuie sur les réponses à un questionnaire détaillé adressé à un panel d'entreprises actives en Belgique, issues de secteurs variés, afin d'analyser les pratiques concrètes de coopération durable et les obstacles rencontrés.

Enfin, la conclusion rassemble les enseignements des **Parties I**, **II** et **III** et propose une série de recommandations à destination des autorités belges.

---

[8] Les réponses des entreprises à la consultation lancée par la Commission européenne après l'annonce du Pacte vert sont éclairantes. Selon la Commission: « *[M]any respondents were concerned that, in the absence of clarity, the risk of breaching the competition rules would prevent them from investing in sustainable products or processes. Companies flagged in particular the need for more clarity on the assessment of types of cooperation agreements that they consider essential for pursuing sustainability objectives* » (*Competition Policy Brief*, Septembre 2021, p. 2).

Voir par exemple aussi les déclarations de Ben Graham, directeur juridique Europe d'AB Inbev ou encore la lettre adressée par Unilever à la Commission européenne intitulée « Sustainability cooperations between competitors & Art. 101 TFEU ».

[9] Ch. Lledo, « La prise en compte des accords de durabilité par le droit de la concurrence », *Revue européenne de droit de la consommation / European Consumer Law Journal*, 2024/3, p. 362a.

Partie I. Exposé des règles de droit belge et de droit européen

A. Introduction - plan et détermination du champ de l'étude

1. Les règles du droit de la concurrence relatives aux pratiques d'entreprises restrictives de concurrence comprennent :

- les articles IV.1., § 1er, du Code de droit économique (**CDE**) et 101, § 1er, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (**TFUE**) qui prohibent les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné et/ou européen ;
- les articles IV.2 du CDE et 102 TFUE qui interdisent l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises de sa/leur position dominante sur le marché belge concerné et/ou européen, et l'article IV.2/1 interdisant les abus de dépendance économique.

Ces règles régissent les comportements des entreprises, en ce compris ceux liés à la réalisation de projets et initiatives poursuivant un objectif de développement durable. Elles sont considérées comme relevant de l'ordre public et les opérateurs économiques ne peuvent donc y déroger dans le cadre de conventions privées[10].

2. Cette première partie de l'étude analyse la façon dont ces règles s'appliquent aux initiatives de durabilité des entreprises et en particulier à leurs accords, décisions d'associations et pratiques concertées.

3. Une première section définit les notions et principes essentiels qui sous-tendent notre étude ainsi que la problématique (**B**). Ensuite, nous analysons quels accords de durabilité sont *a priori* conformes ou, au contraire, violent les règles belges et européennes de concurrence (**C**). Nous examinons par ailleurs certains cas de jurisprudence particulièrement significatifs (**D**) ainsi que le risque de *greenwashing* lié à l'application de principes spécifiques en lien avec les accords de durabilité (**E**). Enfin, nous abordons de façon plus superficielle comment les règles relatives aux abus s'appliquent aux initiatives de durabilité d'entreprises qui se trouvent en position dominante (**F**)[11].

---

[10] Voy. Trib. UE, 12 décembre 2000, aff. T-128/98, Aéroports de Paris c. Commission, § 241 : « le caractère d'ordre public du droit de la concurrence a précisément pour objet de rendre ses dispositions obligatoires et d'interdire aux opérateurs économiques de s'en écarter dans leurs conventions ». On peut même parler d'ordre public économique (voy. en ce sens, Trib. UE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge c/ Commission et Conseil, § 718 et Trib. UE, 12 juillet 2011, aff. T-113/07, Toshiba Corp c/ Commission, § 281).

[11] Par souci de concision, nous ne détaillons pas chacun des principes fondamentaux du droit de la concurrence. En particulier, ceux relatifs au champ d'application *ratione personae* (la notion d'entreprise) et *ratione loci* (dimension communautaire/national) du régime des ententes ne sont pas rappelés. Nous nous concentrons sur les éléments spécifiques nécessaires à la compréhension de la relation entre, d'une part, le régime de concurrence et, de l'autre, les accords de durabilité entre entreprises.

B. Principes et définitions

4. Cette première section pose les bases de la relation entre le droit belge et européen de la concurrence, d'une part, et la durabilité sociale et environnementale, de l'autre. Elle aborde successivement :

- les objectifs du droit de la concurrence et leur évolution (**1**) ;
- la relation entre le droit belge et le droit européen de la concurrence et notamment l'autonomie limitée du premier vis-à-vis du second (**2**) ;
- le principe d'interdiction des ententes entre entreprises (**3**) ;
- les limites de la notion d' « accord de durabilité » ainsi que quelques exemples d'accords de ce type (**4**).

1. Les objectifs évolutifs du droit de la concurrence

5. Objectifs économiques - Le droit de la concurrence obéit en grande partie à des objectifs économiques.[12] Le principe de libre concurrence constitue le corollaire naturel des principes de liberté de commerce et de libre circulation. Il repose sur le postulat selon lequel, lorsque les opérateurs économiques se livrent au jeu de l'économie de marché, les consommateurs devraient pouvoir avoir accès à des produits plus innovants et diversifiés, ce à moindre prix.[13]

6. « *Consumer welfare* » - Progressivement, la maximisation du bien-être du consommateur (*consumer welfare*) s'est imposée comme l'objectif premier du droit de la concurrence.[14] Plus précisément, les politiques de concurrence visent désormais prioritairement à maximiser le surplus des consommateurs, entendu comme la différence entre le prix maximal qu'un consommateur est disposé à payer pour un bien ou un service et le prix qu'il paie effectivement sur le marché.

7. L'analyse économique des comportements - Tant au niveau belge qu'européen, cet objectif du bien-être des consommateurs exerce une influence déterminante sur la manière dont les autorités de concurrence et les juridictions nationales et européennes appliquent et interprètent les règles de concurrence. Dans ce cadre, l'analyse économique occupe un rôle central contribuant à définir le contenu et les limites des principes et concepts fondamentaux du droit de la concurrence[15]. La prise en compte des motifs d'intérêt public est, par contre, plus limitée[16].

Les Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, § 3, TFUE (2004)[17] illustrent bien cette tendance à l'économisation du droit de la concurrence. On peut y lire, par exemple, que les

---

[12] Sur les objectifs économiques propres du droit européen de la concurrence, voy. par exemple N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 4e éd., Paris, LGDJ, 2024, p. 83 et s.

[13] Voy. par exemple F. Hayek, *La route de la servitude*, Paris, Presses Universitaires de France, nouvelle publication en 2005, p. 33 : « *la concurrence est le meilleur moyen de guider les efforts individuels* ». Voy. également le premier rapport de la Commission sur la politique de concurrence : « *Une politique active de concurrence menée conformément aux dispositions des traités instituant les Communautés, facilite l'adaptation continue des structures de la demande et de l'offre à l'évolution des techniques ; par le jeu des mécanismes décentralisés de décision, elle permet d'obtenir des entreprises une efficacité sans cesse améliorée qui est la condition de base pour l'amélioration constante des niveaux de vie et des possibilités d'emploi dans les pays de la Communauté* » (Commission des Communautés européennes, premier rapport sur la politique de concurrence, 1971, pp. 11-12).

[14] Voy. par exemple CJUE, 16 septembre 2008, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, *Sot. Lékos kai Sia e.a. contre GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftiton*, § 68.

L'article 101, § 3, TFUE (IV.1., § 3, CDE), qui prévoit que certains accords de restrictifs de concurrence contribuant à l'efficacité économique peuvent être exonérés de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, conditionne l'octroi de l'exemption au fait qu' « une partie équitable du profit qui en résulte » soit transmise aux « utilisateurs » (cf. *infra*).

[15] Sur l'approche économique, voy. par exemple A. C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Hart Publishing, 2019.

[16] A. C. Witt, « Public Policy Goals under EU Competition Law – Now Is the Time to Set the House in Order », *European Competition Law Journal*, vol. 8, 2012, pp. 443-471.

[17] Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, *JO*, C 101/97, 27 avril 2004 (« Les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité »).

gains d'efficience nécessaires à l'obtention d'une exemption (101, § 3) doivent toujours être traduits en termes économiques[18].

8. Intégration de la durabilité - Au cœur des crises climatique, environnementale et sociale auxquelles nos sociétés font face, se pose la question de savoir si le droit de la concurrence ne devrait pas élargir sa conception du bien-être du consommateur au-delà de la dimension purement économique, pour y intégrer la durabilité. En effet, si le consommateur tel qu'envisagé par le droit de la concurrence, ne se préoccupe que du prix des marchandises et services, alors les objectifs de durabilité risquent de rester marginaux en droit de la concurrence. Ainsi, la prise en compte de la durabilité interroge directement la notion même de consommateur en droit de la concurrence et la manière dont ses préférences sociales et environnementales peuvent ou doivent être intégrées aux outils d'analyse concurrentielle.

Cette interrogation – bien qu'à la fois politique et philosophique – est au centre des démarches entreprises par certaines autorités nationales de concurrence[19], y compris en Belgique, qui montrent une tendance de plus en plus affirmée à adapter leurs politiques et instruments pour mieux intégrer la durabilité dans les politiques de concurrence[20]. Elle occupe également une place centrale dans les dernières Lignes directrices de la Commission européenne sur les accords de coopération horizontale (2023)[21], qui développent à l'évidence une vision « différenciée », plus complexe, du consommateur, que certains qualifient désormais de « consommateur-citoyen »[22]. La position de la Commission européenne par rapport aux accords de durabilité entre entreprises a effectivement considérablement évolué depuis l'adoption de l'Accord de Paris, des Objectifs de Développement Durable (ODD) et du Pacte Vert européen (2019). C'est d'ailleurs ce changement qui l'a conduit en 2023 a inséré un chapitre entier sur les accords de durabilité dans ses Lignes directrices sur la coopération horizontale entre entreprises.

Ce qui ressort d'ores et déjà, et que la présente étude confirme, est que la justification d'un accord anticoncurrentiel entre entreprises au nom de la promotion d'un objectif de développement durable requiert nécessairement une interprétation large ou extensive des finalités du droit de la concurrence, et en particulier de la notion de « bien-être des consommateurs ».

---

[18] § 33 : l'exemption ne peut être octroyée que si l'accord est à l'origine d'un « surcroît de valeur » ; § 50 : l'élément central de l'analyse est « l'importance économique » des gains d'efficience provoqués par l'accord ; § 59 : seuls les « gains d'efficacité économiques » sont pris en considération, *etc*.

[19] On verra que l'autorité néerlandaise de la concurrence (« **ACM** »), après avoir rendu deux avis négatifs par rapport à des projets de développement durable (« Analysis of the Planned Agreement on Closing Down Coal Power Plants from the 1980s as part of the Social Council of the Netherlands » (26 septembre 2013) et « Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the 'Chicken of Tomorrow' (16 Janvier 2015), a adopté une position beaucoup plus progressiste à l'égard des accords de durabilité (cf. *infra*, « Benchmarking »).

[20] Voy. *infra*, le descriptif et la comparaison de ces différentes initiatives. Voy. également l'étude commandée par l'OCDE : J. Nowag, « Sustainability and Competition – OECD Competition Committee Discussion Paper », OECD, 2020.

[21] Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JO*, C 259/1, 21 juillet 2023 (« Les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale »).

[22] Selon Ch. Lledo, « il s'agit là d'un consommateur, se tournant vers le marché afin de satisfaire ses besoins, mais également d'un citoyen, s'interrogeant sur les conséquences collectives de son acte individuel d'achat » (*op. cit*., p. 371).

2. La relation entre le droit belge et le droit européen de la concurrence

9. Primauté - Les règles du droit européen influencent largement l'application du droit belge de la concurrence. Le principe de primauté du premier sur le second doit à cet égard retenir toute l'attention car il limite l'étendue des mesures spécifiques qu'un Etat membre peut adopter dans le domaine des accords de durabilité[23]. Dans les matières qui relèvent du droit de l'Union, la règle européenne prend le pas sur la règle nationale[24].

10. Dimension communautaire - En l'espèce, l'examen de la compétence normative du droit de l'Union passe par un double facteur de rattachement avec l'ordre juridique européen. Une pratique relève des règles européennes de concurrence si (i) elle restreint la concurrence *dans le marché intérieur* et si (ii) elle est *susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres*. Comme l'explique la Commission européenne, le droit européen s'applique uniquement aux pratiques « *susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers à l'intérieur de la Communauté* »[25].

Une fois qu'il est établi qu'une coordination entre entreprises ou une pratique unilatérale est de nature à restreindre la concurrence au sein du marché intérieur, le droit européen de la concurrence et les législations nationales de concurrence peuvent s'appliquer[26]. L'appréciation du critère d'affectation du commerce entre Etats membres détermine donc en pratique l'application exclusive du droit belge ou conjointe du droit belge et des articles 101 et/ou 102 TFUE. Lorsqu'une pratique restrictive de concurrence affecte le commerce entre Etats membres, et que les conditions d'application du droit interne de la concurrence sont également réunies, le droit national et le droit européen *s'appliquent de façon cumulée*, *sans toutefois que le droit national puisse conduire à une interdiction que ne dicte pas le droit européen*.

11. Interprétation conforme - La marge de manœuvre des autorités nationales de concurrence et des juridictions est donc réduite. En vertu de l'article 3 du Règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence[27] (« **Règlement 1/2003** »), l'application de l'article IV.1 du CDE ne peut pas conduire **(i)** à interdire des accords ou pratiques concertées qui ne seraient pas contraires l'article 101 TFUE ou **(ii)** à autoriser des accords ou pratiques qui seraient incompatibles avec l'article 101 TFUE. S'agissant des ententes, lorsque le droit européen et le droit national de la concurrence s'appliquent cumulativement, le droit national ne peut donc prohiber des accords ou pratiques qui ne sont pas interdits en vertu du droit européen. En matière de pratiques unilatérales, en revanche, l'article 3 du Règlement 1/2003 n'empêche pas la Belgique d'appliquer un standard plus strict, même si le commerce entre Etats membres est affecté et que

---

[23] L'on rappellera à cet égard, à titre liminaire, que le principe de primauté du droit de l'Union européenne sur les législations nationales découle d'une interprétation autonome élaborée par la Cour de justice, en l'absence de disposition explicite dans les traités à ce sujet. Selon cette interprétation, l'ordre juridique de l'Union se trouve intégré aux systèmes juridiques des États membres et s'impose à leurs juridictions. Les caractéristiques de cette primauté incluent l'applicabilité immédiate du droit européen, le transfert partiel de souveraineté des États dans ce domaine et l'unité de l'ordre juridique européen.

La déclaration n° 17 annexée à l'acte final du Traité de Lisbonne indique en ce sens que: « La conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités, prime le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ».

[24] Ainsi : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquées, de sa propre autorité, toutes dispositions contraires de la législation nationale… » (CJUE, 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77).

[25] Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *JO*, C 101/07, 27 avril 2004, § 13 (Ci-après, « Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce »).

[26] Par rapport à l'interprétation de la condition d'affectation du commerce entre Etats membres, nous nous permettons de renvoyer notamment aux Lignes directrices relatives à la notion d'affectation de commerce ainsi qu'à J.F. Bellis, *Droit européen de la concurrence*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, et en particulier au Chapitre 1, Section 2, sur le champ d'application des règles européennes de concurrence ou encore à N. Petit, *op. cit*., p. 161.

[27] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO*, L 0001, 4 janvier 2003.

l'article 102 TFUE est donc applicable. C'est d'ailleurs sur cette base que le législateur belge a adopté la loi sur les abus de dépendance économique[28].

12. Lorsqu'un accord n'affecte pas le commerce entre Etats membres, le droit belge s'applique de manière autonome. Le droit européen n'a en ce cas pas d'effet obligatoire sur l'application du droit belge de la concurrence.

Cela ne signifie toutefois pas que le droit belge de la concurrence soit exempt de l'influence du droit européen, *même au sein de son espace d'application autonome*[29]. Selon Damien Gérard, c'est ainsi par « *référence aux instruments législatifs européens, et autres Lignes directrices, ainsi qu'à la jurisprudence de la Commission et de la Cour de Justice* »[30] qu'il y a lieu d'appliquer les règles belges de concurrence. Même lorsque seul le droit belge de la concurrence s'applique, son interprétation *pourrait* rester guidée par les principes du droit européen et notamment par les Lignes directrices de la Commission européenne ou encore par les Règlements d'exemption[31].

13. Enfin, il convient de rappeler, pour les besoins de l'analyse, que tout Etat membre qui favorise, par les mesures qu'il adopte, des accords anticoncurrentiels est susceptible d'enfreindre l'article 4, § 3, TUE et des articles 3, § 1, b), 101 et 102 TFUE. L'article 3, § 1, b), TFUE et l'article 4, § 3, TUE imposent aux Etats membres de s'abstenir de toute mesure susceptible de fausser la concurrence au sein du marché intérieur.

L'affaire *N.V. G.B.-Inno-B.M. c. ATAB* a été la première dans laquelle la Cour de Justice a examiné la compatibilité d'une législation nationale avec les articles 4, § 3, TUE, et 3, § 1, b), 101 et 102 TFUE. Dans son arrêt de principe elle considère que « *les Etats membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles [101] à [109] TFUE* »[32].

Par la suite, sur la base de la théorie de l'effet utile, selon laquelle les États membres doivent assurer l'application effective des dispositions des traités, la Cour a identifié trois situations dans lesquelles le comportement d'un Etat membre est susceptible d'enfreindre les règles du Traité[33]. Ainsi, tel peut être le cas lorsque les États membres (i) imposent ou favorisent l'adoption d'accords, de décisions ou de pratiques concertées anticoncurrentiels, (ii) renforcent les effets d'accords, de décisions ou de pratiques concertées anticoncurrentiels préexistants, ou (iii) confient ou délèguent à des entreprises le pouvoir d'une autorité publique, privant ainsi la réglementation de son caractère étatique[34].

Ces éléments révèlent déjà les limites de la marge de manœuvre dont dispose la Belgique pour adopter des mesures en faveur des accords de durabilité entre entreprises. En effet, pour tous les accords affectant le commerce entre Etats membres, la Belgique ne peut adopter de mesures ou adopter une politique dérogeant aux règles européennes applicables aux ententes.

Un tempérament s'impose néanmoins. L'article 3, § 3, du Règlement UE 1/2003 autorise explicitement l'application de dispositions de droit national « *qui visent à titre principal un objectif différent* » de celui visé par les articles 101 et 102 TFUE. Les Etats membres sont ainsi libres d'adopter des instruments externes à la législation nationale de concurrence, pour poursuivre des objectifs distincts, et confier leur mise en œuvre aux autorités de concurrence sans que ceci ne

---

[28] Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

[29] Comme l'explique Damien Gérard, la volonté du législateur belge était clairement, en adoptant la loi sur la protection de la concurrence, d'aligner l'interprétation du droit belge des pratiques restrictives sur le droit européen de la concurrence. Voy. D. Gérard, « Le droit belge des pratiques restrictives de concurrence », in N. Petit (dir.), *Le nouveau droit belge de la concurrence*, CUP, n° 124, Liège, Anthémis, 2011, p. 12. L'auteur renvoie aux documents préparatoires : Projet de loi sur la protection de la concurrence économique. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. Ord. 2005-2006, n° 2180/001, 21 décembre 2005, pp. 8, 11-12.

[30] *Ibid.*, p. 64.

[31] L'article IV.3, CDE confirme ceci puisqu'il prévoit que l'article IV.1, § 1er, CDE ne s'applique pas aux accords « qui n'affectent pas le commerce entre Etats membres […] et qui auraient bénéficié de la protection d'un Règlement [d'exemption], dans le cas où ils auraient affecté ce commerce ».

[32] CJUE, 16 novembre 1977, *G.B.-Inno-B.M. c. ATAB*, aff. C-13/77, points 28, 29, 31 et 33.

[33] CJUE, 21 septembre 1988, *Pascal Van Eycke c. ASPA*, aff. C-267/86, point 16.

[34] Sur ces trois types de situations, voy. J.-F. Bellis, *op. cit.*, chapitre 10.

viole l'obligation d'interprétation conforme de l'article 3, § 1er, du Règlement 1/2003[35]. L'exemple type (mentionné dans le Règlement UE 1/2003) est le droit de la concurrence déloyale qui peut, dans certaines circonstances, mener à l'interdiction de pratiques commerciales générant des gains d'efficience et qui sont autorisées par le droit de la concurrence[36]. Toutefois, il nous semble que cette disposition ne saurait légitimer l'adoption d'un dispositif législatif ayant pour effet direct et explicite d'autoriser certaines ententes entre entreprises à dimension européenne, contraires à l'article 101 TFUE, au seul motif qu'elles poursuivent un objectif de développement durable. Dès lors qu'un tel dispositif vise à interférer directement avec l'application des règles de concurrence, en particulier les interdictions et exemptions qu'elles prévoient, il ne pourrait, selon nous, bénéficier de la dérogation prévue à l'article 3, § 3, du Règlement (CE) n° 1/2003.

3. Le droit des accords de coopération horizontale

14. Les trois paragraphes - Les ententes entre entreprises sont régies, au niveau européen, par l'article 101 TFUE et, en droit belge, par l'article IV.1 CDE. Ces dispositions comportent chacune trois paragraphes :

- le premier énonce une interdiction de principe des ententes entre entreprises qui restreignent de manière sensible la concurrence dans le périmètre concerné (marché intérieur ou marché belge selon les cas) ;
- le second dispose que la violation de cette interdiction est sanctionnée par une nullité de plein droit ;
- le troisième prévoit la possibilité d'une exemption lorsque certaines conditions sont réunies.[37]

15. Le droit de la concurrence distingue les ententes entre concurrents actuels et potentiels (accords horizontaux) de celles conclues entre des entreprises non-concurrentes, par exemple des fournisseurs et distributeurs (accords verticaux).[38] La présente étude porte principalement sur la première catégorie. Les développements qui suivent rappellent les principes juridiques généraux et spécifiques qui gouvernent les accords de coopération horizontale, les Règlements d'exemption et les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023)[39] et sur l'application de l'article 101, § 3, TFUE (2004).

16. Interdiction - Le régime des ententes interdit, d'une part, les pratiques de collusion, par lesquelles des entreprises soit suspendent soit restreignent la concurrence entre elles pour accroître leurs revenus et, d'autre part, les pratiques dites « d'exclusion », à savoir les actions visant à priver des concurrents de l'accès aux consommateurs ou aux sources d'approvisionnement

17. Quatre conditions - Concrètement, pour que les articles 101 TFUE/IV.1 CDE trouvent à s'appliquer, quatre conditions doivent être réunies :

- l'intervention de plusieurs entreprises ;
- l'existence d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée ;
- une restriction de concurrence ;
- une affectation du commerce dans le périmètre concerné (marché intérieur ou marché belge).

Nous examinons ci-après la deuxième de ces conditions. La condition d'affectation du commerce a été évoquée ci-avant et les notions d'entreprises et de restriction de concurrence sont, d'une

---

[35] N. Petit, *op. cit*., p. 164. Petit parle à cet égard de « réserve de compétence normative ».

[36] Pour un résumé des discussions relatives à l'évolution de la doctrine de l'effet « réflexe », voy. not. le *Manuel de droit belge de la concurrence* de N. Neyrinck (Bruxelles, Bruylant, 2021), pp. 13 à 18 ou encore D. Gérard, « L'application du droit de la concurrence par les autorités belges : un alignement parfait entre le droit belge et de l'Union européenne ? », in N. Cariat et J. Nowak (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 303 et s.

[37] L'article IV.1 CDE comprend un paragraphe 4, totalement étranger au droit européen, qui établit une infraction à charge des personnes physiques qui « dans le cadre des activités d'une entreprise ou d'une association d'entreprises » participent à mettre en place certains cartels avec un ou plusieurs concurrents.

[38] ABC, Guide sur les échanges d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises, 2019, p. 8.

[39] Les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale.

part, bien connues, clairement délimitées et largement commentées[40] et, d'autre part, n'impliquent pas d'observations spécifiques. La notion de restriction de concurrence sera néanmoins abordée dans le cadre des développements relatifs aux accords de durabilité (voy. *infra*, « Classification des accords de durabilité »).

18. Accords - La notion d'accord, que ce soit en droit de la concurrence belge ou européen n'est soumise à aucune exigence de forme particulière. Elle englobe toute convention entre entreprises. Comme l'a exposé le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt *Bayer*[41] :

« *[L]a notion d'accord, au sens de l'article [101], § 1, [TFUE], telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci* ».

19. Décision d'associations d'entreprises - La décision d'une association d'entreprises, correspond quant à elle à tout acte reflétant la volonté de celle-ci de coordonner l'action de ses membres.

Selon la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne *MasterCard Inc. et autres c. Commission* de 2012, la notion d'association d'entreprises « *vise à éviter que les entreprises puissent échapper aux règles de la concurrence en raison de la seule forme par laquelle elles coordonnent leur comportement sur le marché. Pour garantir l'effectivité de ce principe, l'article [101], paragraphe 1, [TFUE] appréhende non seulement les modalités directes de coordination de comportements entre entreprises (les accords et les pratiques concertées), mais aussi les formes institutionalisées de coopération, c'est-à-dire les situations où les opérateurs économiques agissent par l'intermédiaire d'une structure collective ou d'un organe commun* »[42].

Ici encore, la forme de la décision importe peu. Elle peut se manifester par une recommandation, une circulaire, des statuts, une délibération ou même un règlement d'ordre intérieur.

Nombre de décisions d'entreprises en matière de durabilité sont adoptées au sein de structures institutionalisées. Le champ d'application très large de la notion de décision d'associations d'entreprises revêt dès lors une importance particulière.

20. Pratiques concertées - La notion, plus complexe, de pratiques concertées a par ailleurs été intégrée à l'énumération de l'article 101 TFUE/IV.1 CDE afin de couvrir les situations dans lesquelles des entreprises mettent en place une certaine collusion, mais sans conclure formellement un accord[43]. Elle permet ainsi d'inclure dans le champ d'application des articles 101 TFUE/IV.1 CDE les pratiques de parallélisme de comportements entre concurrents sur le marché, pour autant qu'elles aient été facilitées par des échanges d'informations.

21. Echanges d'information - L'échange d'informations joue un rôle central dans l'analyse des pratiques concertées par la Commission européenne, les juridictions européennes ou encore l'Autorité belge de la concurrence (l' « ABC »). Comme l'a rappelé le Tribunal de l'Union :

« *Tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché* »[44].

---

[40] Voy. par exemple J.-F. Bellis, *op. cit.* ; N. Petit, *op. cit.* ou encore N. Neyrinck, *op. cit.*

[41] Trib. UE, 26 octobre 2000, *Bayer c. Commission*, aff. T-41/96.

[42] Trib. UE, 24 mai 2012, *MasterCard Inc. et autres c. Commission*, aff. T-111/08, point 243.

[43] CJUE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. C. Commission, aff. 48-69, § § 55 et 64. Selon les termes de la Cour de Justice, la pratique concertée est « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ».

[44] Trib. UE, 8 octobre 2008, *Schunk GmbH et al. c. Commission*, aff. T-69/04, § 116. Dans le même sens : ABC, Auditorat, déc. n° BMA-2016-I/O-04-AUD du 23 février 2016, aff. MEDE-I/O-14/003 : *Prijsafspraken in de sector van industriële batterijen*, p. 11, § 5.

Les principes d'analyse régissant les échanges d'informations entre entreprises concurrentes sont exposés dans les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023)[45]. De simples indications relatives à des fixations de prix ne sont pas autorisées lorsqu'elles mènent à une coordination des pratiques tarifaires.[46] Des échanges d'informations injustifiables peuvent prendre place dans le cadre d'un accord de cartel, mais aussi dans le cadre de pratiques concertées. On peut d'ores et déjà souligner qu'aucun type d'échange d'informations n'échappe, par principe, aux articles 101 TFUE/IV.1 CDE. Les effets d'un échange d'information sur la concurrence dépendent des caractéristiques du marché concerné ainsi que de la nature des informations échangées.[47] En fonction de ces paramètres, certains échanges d'informations seront plus ou moins susceptibles de restreindre la concurrence.

Les échanges qui ont *pour objet* de restreindre la concurrence – tels que ceux qui portent sur les prix ou les quantités futures – sont considérés comme hautement susceptibles de déboucher sur une collusion. Les échanges qui portent sur des processus et normes de production durables de marchandises peuvent toutefois aussi affecter la concurrence. Comme le souligne l'ABC, tout échange entre concurrents de « données stratégiques », c'est-à-dire de données diminuant l'incertitude sur le marché, soulève des préoccupations en matière de concurrence[48].

22. Exemption - Un accord entre entreprises concurrentes n'est pas, en soi, incompatible en vertu des articles 101 TFUE/IV.1 CDE. L'appréciation de la légalité d'un accord de coopération horizontale se fait en deux étapes. Après avoir établi l'existence d'une restriction de concurrence (cf. *supra*), il faut se poser la question de l'exemption (cf. *infra*).

23. Les **articles 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE** offrent une échappatoire aux parties à un accord dont l'objet ou l'effet restrictif serait avéré. Le bénéfice de cette exemption est subordonné à la satisfaction de conditions, dont l'application aux accords de durabilité est analysée plus en détail ci-après (Section C, point 2).

24. Exemptions par catégorie - Confrontée à un afflux de notifications d'accords horizontaux de coopération, la Commission a envisagé assez tôt l'adoption d'actes à caractère général clarifiant, « en bloc », leurs conditions d'exemption. Dès 1984, le régime des accords de coopération horizontale se trouve régi par deux règlements d'exemption par catégorie : le premier relatif aux accords de spécialisation[49] et le second portant sur les accords de recherche et développement (R&D)[50]. Il est essentiel de garder à l'esprit qu'en fonction de leurs objectifs, contenu et caractéristiques, des accords de durabilité pourraient bénéficier de l'un ou l'autre règlement d'exemption.

Les règlements d'exemption et les Lignes directrices issus de la réforme de 2010 ont été remplacés en 2023 par (i) deux nouveaux règlements, publiés au *JO* le 2 juin 2023 et entrés en vigueur le 1er juillet 2023[51], et (ii) les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, qui précisent le cadre analytique des sept types d'accord de coopération horizontale les plus courants, dont les accords de durabilité font partie. Ces Lignes directrices spécifiques doivent être lues conjointement avec les Lignes directrices générales de 2004 relatives à l'article 101, § 3, TFUE.

---

[45] Les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale.

[46] Voy. par exemple l'affaire A. In.B. (Cons. conc., Conseil, déc. n° 2008-P/K-45 du 25 juillet 2008, aff. MEDE-P/K-06/0006 : *Review BVBA c. Associatie van Interieurarchitecten van België*, pp. 41-47).

[47] Guide de l'ABC sur les échanges d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises, 1er octobre 2019.

[48] Guide de l'ABC sur les échanges d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises, 1er octobre 2019, point 29.

[49] Règlement (CEE) n° 417/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de spécialisation, *JO* L 53, 22 février 1985, p. 1-4.

[50] Règlement (CEE) n° 418/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, *JO* L 53, 22 février 1985, p. 5-12.

[51] Règlement (UE) 2023/1066 de la Commission du 1er juin 2023 relatif à l'application de l'article 101, § 3, du TFUE à certaines catégories d'accord de recherche et de développement, *JO* L 143, 2 juin 2023 et Règlement (UE) 2023/1067 de la Commission du 1er juin 2023 relatif à l'application de l'article 101, § 3, du TFUE à certaines catégories d'accords de spécialisation, *JO* L 143, 2 juin 2023.

25. Certains accords relevant des secteurs de l'agriculture et du transport sont régis par des règlements sectoriels spécifiques. Ils sont exclus du champ d'application des règlements d'exemption par catégorie et des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale. Ces dernières précisent qu'elles ne s'appliquent pas aux coopérations agricoles visant à dépasser une norme de durabilité européenne ou nationale[52].

4. La notion d' « accords de durabilité »

26. La notion d'accord de durabilité vise l'ensemble des accords de coopération entre entreprises, qu'ils soient horizontaux ou verticaux, poursuivant des objectifs de développement durable.

Le développement durable est défini par la Commission européenne comme « *la capacité de la société de consommer et utiliser les ressources disponibles aujourd'hui sans compromettre la capacité des générations futures de répondre à leurs propres besoins. Il englobe les activités qui soutiennent le développement économique, environnemental et social* »[53].

Dès lors, les accords de durabilité ne couvrent pas seulement des objectifs écologiques ou environnementaux mais aussi une liste d'autres objectifs liés au développement durable, notamment la lutte contre le changement climatique, la réduction de la pollution, la limitation de l'utilisation des ressources naturelles, le respect des droits de l'homme, la garantie d'un revenu subsistance, la réduction du gaspillage alimentaire, la facilitation vers une alimentation saine et nutritive, la garantie du bien-être animal, *etc*.

Ainsi, la notion d' « accord de durabilité » couvre un champ extrêmement large, du moins si l'on s'en tient à la définition retenue par la Commission européenne dans ses Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023)[54]. Elle inclut, par exemple, les accords qui visent à :

- accroitre ou améliorer le recyclage des déchets ;
- réduire les émissions des véhicules automobiles[55] ;
- réduire les incidences environnementales négatives de processus de production[56] ;
- améliorer la performance énergétique de certains produits[57] et collaborer en matière de R&D liée à la durabilité des produits et services ;
- fixer des normes salariales plus élevées[58] ou des conditions de travail meilleures ;

---

[52] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 47. Voy. également en ce sens : Communication de la Commission, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, *JO*, C/2023/1446, 8 décembre 2023.

[53] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 517.

Une définition similaire se trouvait déjà dans le rapport « Brundtland » rendu le 20 mars 1987 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement durable.

L'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) mentionne aussi le développement durable en tant qu'objectif à la fois de la politique du marché intérieur de l'Union et de sa politique de commerce extérieur.

[54] On notera toutefois qu'après avoir défini largement la notion d'accord de durabilité, la Commission se concentre essentiellement sur les accords normalisation ou de fixation de standards durables.

[55] Voy. *infra*, l'affaire « AdBlue » (2021).

[56] Voy. par exemple le projet de Coca-Cola, Vrumona, Albert-Hein et Jumbo de collaborer pour supprimer les poignées en plastiques des emballages multi-packs de sodas et d'eau. (https://www.acm.nl/en/publications/acm-favorable-joint-agreement-between-soft-drink-suppliers-about-discontinuation-plastic-handles)

[57] Voy. *infra* l'affaire « CECED » (1999).

[58] Voy. *infra* l'affaire des salaires décents dans la filière bananière (Belgique) (2023).

- collaborer sur des projets d'infrastructures liés à la transition énergétique et à l'atténuation des dérèglements climatiques[59] ;
- exclure certains produits non durables de l'approvisionnement dans un secteur déterminé[60] ;
- etc.

C. Classification des accords de durabilité

27. Les accords de durabilité entre entreprises ne soulèvent des problèmes de concurrence au regard des articles 101 TFUE et IV.1 CDE que s'ils entraînent des restrictions de concurrence par objet *ou* s'ils provoquent des effets négatifs appréciables, existants ou potentiels, sur la concurrence. Un accord restreint la concurrence au sens de l'article 101, § 1er, du TFUE et de l'article IV.1, § 1er, du CDE s'il est susceptible d'avoir une incidence sur les paramètres de la concurrence d'un marché donné. Ces paramètres sont le prix, la quantité, la qualité, le choix ou l'innovation. Un accord qui n'a ni pour objet ni pour effet d'affecter négativement l'un de ces paramètres n'entre en principe pas dans le champ d'application des articles 101, § 1er, TFUE/IV.1, § 1er, CDE car il est peu probable qu'il restreigne la concurrence.

28. Tous les accords de durabilité entre entreprises ne sont donc pas nécessairement restrictifs de concurrence, et tous les accords restrictifs de concurrence ne sont pas nécessairement prohibés. Il convient dès lors de distinguer les accords de durabilité interdits par les règles européennes et belges de ceux qui ne le sont pas.

L'on peut dès lors distinguer **trois catégories d'accords** :

- Catégorie 1 : les accords qui n'ont ni pour objet ni pour effet de restreindre la concurrence ;
- Catégorie 2 : les accords qui sont restrictifs de concurrence mais ne sont pas interdits car ils répondent aux conditions d'exemption prévues par les textes et en particulier l'exemption prévue à l'article 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE ;
- Catégorie 3 : Les accords de durabilité entre entreprises interdits.

Les catégories 1 et 2 sont développées plus en détail ci-après (1 et 2). La catégorie 3 ne nécessite pas davantage d'explications, dans la mesure où elle recouvre l'ensemble des accords de durabilité ne répondant pas aux conditions des deux autres catégories. Il s'agit notamment des cas dans lesquels des normes de durabilité sont utilisées comme instruments de dissimulation d'une entente anticoncurrentielle (ex. : fixation des prix, répartition de marché ou de clientèle, limitation de la production, ou encore cloisonnement de la qualité ou de l'innovation). Il est improbable, par exemple, qu'un accord entre concurrents visant à coordonner la répercussion sur les clients, par le biais de hausses de prix, des surcoûts induits par une norme commune et volontaire de durabilité (restriction par objet), puisse satisfaire aux conditions d'exemption posées à l'article 101, § 3 TFUE / article IV.1, § 3 CDE. Dans l'affaire *AdBlue*[61] – analysée ci-après –, la Commission a sanctionné un accord entre concurrents qui visait à limiter le développement technologique aux normes minimales de durabilité exigées par la loi.

---

[59] Voy. par exemple, le projet 'Aramis' de TotalEnergies et Shell, validé par l'autorité de concurrence néerlandaise en juin 2022, qui consistait à proposer conjointement des services de transport et des infrastructures pour la captation et le stockage de carbone en mer du Nord. (https://www.acm.nl/system/files/documents/no-action-letter-agreement-shell-and-totalenergies-regarding-storage-of-co2-northsea.pdf).

[60] Voy. par exemple l'accord conclu par des centres de jardinage situés aux Pays-Bas qui visait à exclure des approvisionnements les fournisseurs utilisant certains pesticides. La décision de l'autorité néerlandaise est accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/system/files/documents/informal-guidance-regarding-sustainability-initiative-of-dutch-garden-retail-sector.pdf.

[61] Décision de la Commission du 8 juillet 2021 relative à une procédure en vertu de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire AT. 40178 – *Emissions des véhicules automobiles*).

1. Les accords non restrictifs de concurrence

a) Les « accords environnementaux »

29. Les Lignes directrices de 2001 - La prise en compte des objectifs environnementaux des entreprises dans l'analyse de leurs accords et pratiques concertées n'est pas une nouveauté en droit européen de la concurrence[62]. Dès ses Lignes directrices de 2001 sur l'application de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, la Commission européenne définissait les « accords environnementaux », comme suit :

« *des accords aux termes desquels les parties s'engagent à une réduction de la pollution, conformément à la législation sur l'environnement ou aux objectifs fixés en matière d'environnement, notamment ceux figurant à l'article 174 du traité* »[63].

La Commission identifiait à l'époque trois types d'accords environnementaux ne relevant pas de l'interdiction des ententes :

- Les accords n'imposant aucune obligation individuelle précise aux parties ou ceux où les entreprises ne s'engagent que de manière peu contraignante à la réalisation d'un objectif environnemental fixé pour l'ensemble d'un secteur ;
- Les accords définissant les performances écologiques des produits ou des processus, qui n'affectent pas sensiblement la diversité des produits et de la production sur le marché en cause, ou qui ont une influence limitée sur les décisions d'achat ;
- Les accords environnementaux entrainant une véritable création de marché[64].

b) Un nouveau chapitre dédié aux accords (horizontaux) de durabilité

30. Insertion d'un chapitre spécifique - Sans que l'on sache pourquoi, le chapitre consacré aux accords environnementaux disparut des Lignes directrices de 2011 sur les accords de coopération horizontale. En 2023, la Commission européenne décida d'inclure dans ses nouvelles Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (« **Lignes directrices (2023)** ») un chapitre *ad hoc* consacré aux accords de durabilité. Les Lignes directrices de 2023 confirment, étendent et précisent les conditions dans lesquelles des accords de durabilité sont conformes à l'article 101 TFUE[65] [66]. Ceux-ci sont en effet soumis aux règles du droit de la concurrence au même titre que les autres types de coopération.

31. Le principe - Les Lignes directrices (2023) rappellent d'abord le principe selon lequel les accords de durabilité ne posent des problèmes de concurrence au sens de l'article 101 TFUE que s'ils entrainent des restrictions de concurrence par objet ou s'ils provoquent des effets négatifs

---

[62] Des décisions antérieures aux Lignes directrices de 2001 avaient déjà pris en compte les bénéfices environnementaux d'accords entre entreprises : Voy. Décision de la Commission, *Carbon Gas Technologie* (IV/29.955), 1983 et Décision de la Commission, *BBC/Brown Boveri* (IV/32.368), 1988. Ces affaires concernent par contre l'application de l'exemption (article 101, § 3, TFUE).

[63] Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, C 3/02, 6 janvier 2001, point 179. (Ci-après « Lignes directrices de 2001 sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale »)

[64] Lignes directrices de 2001 sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, point 187.

[65] On notera que l'inclusion d'un chapitre (le Chapitre 9) dédié aux accords de durabilité dans les Lignes directrices de 2023 sur les accords de coopération horizontale est perçu par beaucoup comme un changement de paradigme opéré par la Commission qui avait eu tendance à exclure les considérations non-économiques de son application des articles 101 et 102 TFUE. Voy. par exemple J. Nowag et W. Sauter, "The European Commission's new Horizontal Guidelines: a great reset for competition law and sustainability?", *Competition Law & Policy Debate*, 2023, vol. 8, n° 2, pp. 57-62.

[66] Le contenu du chapitre 9 relatif aux accords de durabilité a été influencé, non seulement par le contexte politique et le Green Deal européen, mais aussi par les discussions tenues à l'OCDE, au sein du European Competition Network (ECN) et par l'adoption d'instruments spécifiques par certaines autorités nationales de concurrence (voy. *infra*). L'intensité du débat académique relative à l'article 101, § 3, TFUE a également certainement influencé la position adoptée par la Commission dans ses Lignes directrices de 2023.

appréciables ou potentiels pour la concurrence. Autrement dit, lorsqu'un accord entre entreprises ou une pratique concertée n'a pas d'incidence négative sur les paramètres de la concurrence, il ne relève pas du champ d'application de l'article 101 TFUE et ne pose aucun problème de droit de la concurrence.

Pour la Commission, les accords de durabilité qui restreignent la concurrence ne peuvent être exemptés de l'interdiction prévue à l'article 101, § 1er, TFUE « *en invoquant simplement un objectif de développement durable* »[67]. Il n'existe donc pas, en droit européen, de la concurrence de « règle de raison » qui permettrait aux accords de durabilité d'échapper à la prohibition des ententes. Dans une note de bas de page (n° 366), la Commission rappelle que la Cour de justice de l'Union a reconnu que les restrictions de concurrence émanant d'accords ou de décisions d'associations d'entreprises peuvent ne pas relever du champ d'application de l'article 101, § 1er, lorsqu'elles sont inhérentes à la poursuite d'un objectif légitime et proportionnées à celui-ci. Elle renvoie à cet égard aux arrêts rendus dans les affaires *Albany International*, *Wouters* e.a., *Meca-Medina* et *Majcen/Commission*[68].

Il reste, selon nous, toutefois difficile de déterminer si la Commission considère que cette jurisprudence est transposable aux accords de durabilité et, si c'est le cas, à quelles conditions.

L'autorité néerlandaise de la concurrence (*Autoriteit Consument & Markt* - ACM), dans son projet de *guidelines* de 2021 – analysé ci-après – déclarait :

« *In a number of rulings, the Court of Justice of the European Union has come to the conclusion that agreements fall outside the scope of Article 101 TFEU if the anticompetitive restrictions in question are inherent in or necessary for the pursuit of a legitimate objective. ACM does not rule out that this case law also applies to sustainability agreements, but finds the doctrine regarding this point still insufficiently clear for it to give its interpretation in these Guidelines* »[69].

Une partie de la doctrine a plaidé pour une application au cas par cas de cette jurisprudence de dite de la restriction accessoire – c'est-à-dire aux restrictions de concurrence qui sont nécessaires et proportionnées à la réalisation d'un objectif principal légitime - aux accords de durabilité entre entreprises[70]. Nous partageons cette position, dans la mesure où rien ne justifie, en principe, d'exclure ces accords du bénéfice des limites posées par la Cour de justice à l'application de l'article 101, § 1er, TFUE. D'ailleurs, le fait que la Commission rappelle que la seule invocation d'un objectif

---

[67] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 521.

[68] *Albany International*, C-67/96, EU:C:1999:430; du 19 février 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, EU:C:2002:98; et du 16 juillet 2006, *Meca-Medina et Majcen/Commission*, C-519/04 P, EU:C:2006:492. Dans l'affaire *Wouters*, par exemple, la Cour a jugé qu'une restriction de concurrence – en l'occurrence, l'interdiction des partenariats multidisciplinaires – pouvait être justifiée lorsqu'elle vise à garantir le bon exercice des professions juridiques. Une telle restriction ne relève donc pas de l'article 101, § 1er, TFUE dès lors qu'elle est nécessaire à la bonne administration de la justice et au respect de principes fondamentaux tels que l'indépendance et le secret professionnel des avocats.

La note de bas de page en question renvoie également au point 1.2.6. des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023) intitulé « Restrictions accessoires ». Plus généralement, la notion de restriction accessoire couvre « toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée » (Lignes directrices sur l'application de l'article 101, § 3, TFUE (2004)). Pour déterminer si une restriction constitue une restriction accessoire, il est nécessaire d'examiner si la réalisation de la coopération serait impossible en l'absence de la restriction en question.

[69] ACM, « Draft Guidelines – Sustainability agreements. Opportunities within competition law », 2021.

[70] Par exemple : ClientEarth et S. Holmes, « Revised draft Horizontal Guidelines on Sustainability Agreements. ClientEarth's and Simon Holmes' contribution the Commission's public consultation », Avril 2022, p. 4. Voir aussi par rapport à cette problématique : S. Holmes, « Climate Change, Sustainability, and Competition Law », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8, 2020, p. 370 : « *In principle, there is no reason why the ['ancillary restraints' or 'objectively necessary'] approach should not be taken in the case of sustainability agreements such that proportionate restrictions inherent in a sustainability agreement, without which the Agreement would not have been concluded (cf. Albany), and restrictions necessary to carry out an environmental regulatory task (cf Wouters) would fall outside Article 101(1) entirely* ». Voir également I. Abdelkhalek, « Sustainable development in the EU – which state of play in competition law? », *European Competition Journal*, 2022, 18/3, p. 545 (« *In sum, this ancillary doctrine or objective necessity route still lacks clarity and consistency. If it were better shaped and defined it might be an interesting path to integrate environmental requirements in competition law* »).

de développement durable ne suffit pas, en soi, à écarter l'application de l'article 101, § 1er, ne signifie pas pour autant qu'elle exclut qu'un accord de coopération, dès lors qu'il est nécessaire et proportionné à la réalisation d'un objectif de durabilité, puisse échapper au champ d'application de cette disposition. On peut ainsi considérer qu'il existe deux voies (fondées sur le principe de proportionnalité), pour un accord de coopération durable entre entreprises, d'échapper à l'interdiction de l'article 101, § 1er, TFUE : la théorie des restrictions accessoires ou de la nécessité objective et la voie d'exemption prévue à l'article 101, § 3, TFUE examinée ci-après.

Enfin, comme le souligne N. Petit, bien que les Lignes directrices de 2023 confirment que l'invocation d'un objectif de durabilité ne fait pas écran à la possibilité qu'un accord de coopération horizontal comporte une restriction de concurrence, elles sont « *remarquablement silencieuses sur le risque de restriction par objet que pourrait comporter un accord de durabilité* »[71].

32. Exemples - La Commission fournit dans ses Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023) plusieurs exemples d'accords « *peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence* »[72].

Il s'agit, premièrement, des accords portant sur le comportement interne des entreprises. Ceux-ci n'enfreignent en principe pas l'article 101 TFUE[73]. Des entreprises concurrentes peuvent, par exemple, convenir d'éliminer les produits en plastique à usage unique de leurs locaux professionnels, de ne pas dépasser une température définie dans leurs bâtiments ou de limiter le volume d'impression de documents internes.

Il en va de même, deuxièmement, des accords destinés à mettre en place une base de données d'informations générales sur les fournisseurs dont les chaînes de valeur, les procédés de production ou les intrants présentent un caractère durable[74]. De telles formes limitées d'échange d'informations peuvent aider les entreprises à remplir leurs obligations de diligence en matière de développement durable et elles ne restreignent en principe pas la concurrence.

Troisièmement, les accords de durabilité entre concurrents sont peu susceptibles de restreindre la concurrence lorsqu'ils concernent l'organisation de campagnes de sensibilisation à l'échelle d'un secteur ou des initiatives visant à sensibiliser les consommateurs sur les incidences environnementales ou d'autres externalités négatives de leurs habitudes de consommation. Selon la Commission, ces accords ne restreignent pas la concurrence à condition que les campagnes ne constituent pas une promotion commune de produits spécifiques[75].

Enfin, quatrièmement, les accords qui visent uniquement à assurer le respect d'exigences ou d'interdictions suffisamment précises figurant dans des traités, conventions ou accords internationaux contraignants ne relèvent en règle pas non plus de l'article 101 TFUE[76].

33. Principes généraux – Restriction par objet - Selon la Commission européenne, lorsqu'un accord entre entreprises poursuit un objectif de développement durable, cet élément doit être pris en compte pour déterminer s'il restreint la concurrence par objet.[77]

Le concept de restrictions de la concurrence « par objet » est d'interprétation stricte[78]. Il ne peut être appliqué qu'aux accords qui révèlent, en eux-mêmes et au regard de leurs dispositions, de

---

[71] N. Petit, *op. cit*., p. 825.

[72] Voy. également les cinq catégories d'accords de durabilité exclus du champ d'application dans les « *Draft Guidelines – Sustainability agreements. Opportunities within competition law* » de l'Autorité des Pays-Bas (ACM). Ces Guidelines, qui sont analysées *infra*, ont cependant été abrogées à la suite de l'adoption par la Commission européenne des Lignes directrices sur les accords de coopération réglementaire (2023). Il est néanmoins intéressant de voir quelles catégories d'accords avaient été exclus du champ d'application de l'interdiction des ententes par l'autorité néerlandaise.

[73] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 529

[74] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 530

[75] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 531.

[76] La Commission justifie cette exclusion par le fait que ces accords peuvent constituer une mesure appropriée pour permettre aux entreprises de remplir leurs obligations de diligence en matière de développement durable en vertu de la législation nationale ou européenne.

[77] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 533.

[78] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 23 et 25.

leurs objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, un degré suffisant de nocivité pour la concurrence.

Les catégories d'accords énumérés aux articles 101 TFUE/IV.1 CDE fournissent une illustration non exhaustive des cas les plus typiques de restriction de concurrence par objet[79].

Le droit belge de la concurrence propose par ailleurs une définition de la notion de 'cartel', qui est une sous-catégorie des restrictions de concurrence par objet[80]. Pour l'essentiel, cette définition réplique la liste des illustrations énumérées à l'article 101 TFUE/IV.1 CDE.

34. L'analyse des effets - Lorsque des entreprises parties à un accord prouvent que son objet principal est la poursuite d'un objectif de développement durable et qu'elles parviennent ainsi à susciter un doute raisonnable quant au fait que leur accord révèle, par sa nature même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, ses effets doivent être appréciés.[81] Selon les Lignes directrices de 2023, en principe, « *les éléments de preuve démontrant la poursuite d'un objectif de développement durable devraient être de nature à justifier un doute raisonnable quant à l'objet anticoncurrentiel de l'accord* »[82].

Toute appréciation des effets s'effectue conformément aux principes généralement applicables et notamment à ceux qui sont explicités dans les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (section 1.2.5 et section sur les effets restrictifs de concurrence).

Parmi les facteurs à prendre en compte, figurent notamment : le pouvoir de marché des parties à l'accord, la mesure dans laquelle l'accord limite l'autonomie décisionnelle des parties concernant les principaux paramètres de la concurrence, la couverture du marché de l'accord, la mesure dans laquelle des informations commercialement sensibles sont échangées dans le cadre de l'accord, et l'impact de l'accord sur les prix, la production, la diversité, la qualité ou l'innovation.[83]

35. Accords de normalisation - Parmi les différents types et exemples d'accords de durabilité ne restreignant pas la concurrence, la Commission européenne accorde une attention particulière aux accords de normalisation en matière de durabilité. Ceux-ci permettent à des entreprises concurrentes de s'entendre pour éliminer progressivement, retirer, ou, dans certains cas, remplacer les produits et les procédés non durables par d'autres produits ou procédés durables. Ils sont utilisés pour préciser les exigences que doivent respecter que les fabricants, transformateurs, distributeurs, détaillants ou prestataires de services opérant sur la chaîne d'approvisionnement.

Les accords de normalisation en matière de durabilité ont souvent des effets positifs sur la concurrence. Ils peuvent, par exemple, favoriser la croissance des marchés de produits durables en permettant aux consommateurs de prendre des décisions d'achat éclairées, notamment grâce aux labels durabilité.

Cela étant, comme l'indique la Commission, les normes de durabilité peuvent, dans certaines circonstances, restreindre la concurrence. Tout d'abord, une norme de durabilité utilisée pour dissimuler une entente anticoncurrentielle (fixation des prix, répartition des marchés ou des

---

[79] Les principales catégories sont les pratiques de fixation des prix, les pratiques de partage de marchés et les pratiques de boycotts collectifs.

[80] « tout accord et/ou pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises et/ou associations d'entreprises visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment à fixer ou coordonner des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, à attribuer des quotas de production ou de vente, à répartir des marchés et des clients, à restreindre l'importation ou l'exportation ou à prendre des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents » Voy. l'article I.6, 18°, du CDE et les Lignes directrices sur la clémence de l'ABC, M.B., 22 mai 2020, p. 37186.

Voy. également *infra* la Section E, « Le risque de greenwashing ».

[81] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 534. La Commission précise, à toutes fins utiles, que les effets ne devront pas être appréciés si l'accord de durabilité est utilisé pour dissimuler une restriction de concurrence par objet, telle que la fixation des prix, la répartition des marchés ou des clients, ou la limitation de la production ou de l'innovation.

[82] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 521. N. Petit qualifie ce principe « *d'atténuation du régime dur de qualification de la restriction par objet* » (*op. cit*., p. 825).

[83] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 537.

clients, limitation de la production ou la qualité et de l'innovation) constitue une restriction de concurrence *par objet*. De même, un accord entre concurrents portant sur la manière de répercuter la hausse des coûts résultant de l'adoption d'une norme de durabilité sur les clients, ou sur la manière de fixer les prix des produits intégrant la norme, restreint la concurrence par objet.

36. Présomption de compatibilité - Pour les accords de normalisation en matière de durabilité qui n'ont pas *pour objet* de restreindre la concurrence, la Commission a établi une série de conditions permettant de déterminer si un accord se situe dans la « zone de sécurité informelle » ou en dehors de celle-ci[84].

Ces conditions, non reprises ici *in extenso*, visent à garantir que la norme de durabilité en cause :

- n'entraîne pas de restriction sensible de la concurrence ;
- ne conduit pas à l'éviction d'autres normes concurrentes ;
- n'est pas utilisée comme prétexte pour échanger des informations commercialement sensibles qui ne seraient pas objectivement nécessaires et proportionnées.

La Commission précise que si une ou plusieurs de ces conditions ne sont pas remplies, une appréciation individuelle de l'accord est requise au regard de l'article 101 TFUE[85]. Dans ce cas, l'accord se situe en effet en dehors de la zone de sécurité informelle et ses conséquences devront être évaluées.

37. Exclusion agricole - L'article 210 bis du Règlement UE n° 1308/2013[86] (« Règlement OCM ») exclut du champ d'application de l'article 101, § 1er, du TFUE les accords relatifs aux normes de durabilité lorsqu'ils sont conclus par des producteurs agricoles.

Cet article couvre les accords, décisions et pratiques concertées des producteurs de produits agricoles, à condition (i) qu'ils portent sur la production ou le commerce de ces produits et (ii) qu'ils visent à appliquer une norme de durabilité lié à un objectif de développement durable supérieure à celle imposée par le droit de l'Union ou le droit national.

Ces accords peuvent être :

- horizontaux, conclus entre producteurs concurrents, par exemple un engagement collectif à élever des volailles selon des normes de bien-être animal renforcées par rapport à celles imposées par la législation de l'UE ou nationale ;
- verticaux, conclus entre producteurs et autres opérateurs de la chaîne d'approvisionnement, par exemple un accord entre certains producteurs et distributeurs visant à ne commercialiser que des volailles élevées selon des normes de durabilité supérieures à celles requises par la réglementation.

Tant que les conditions énoncées à l'article 210 *bis* sont réunies, les accords de durabilité peuvent être (i) des accords bilatéraux, par exemple entre producteurs et détaillants; (ii) des accords tripartites, par exemple entre producteurs, transformateurs et distributeurs; ou même (iii) des accords multilatéraux associant des opérateurs à plus de trois niveaux de la chaîne d'approvisionnement agroalimentaire.

Les normes de durabilité peuvent fixer un objectif à réaliser, en imposant ou non des technologies ou des méthodes de production spécifiques. Ainsi, les parties à un accord de durabilité peuvent être tenue de s'engager à réaliser les objectifs fixés par la norme, mais aussi à utiliser une technologie ou une pratique de production particulière pour atteindre cet objectif (par exemple, les méthodes de protection des sols et les pratiques relatives au pâturage des animaux).

Les résultats obtenus grâce à l'application d'une norme de durabilité doivent être tangibles et mesurables. Lorsque la quantification en termes numériques n'est pas possible, les résultats

---

[84] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 549.

[85] *Ibid*., point 552.

[86] Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européenne et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, *JO*, L 347, 20 décembre 2013. Voy. aussi Communication de la Commission, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, *JO*, C/2023/1446, 8 décembre 2023.

doivent néanmoins être observables et descriptibles. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire de quantifier précisément l'impact visé par l'accord de durabilité.

38. Produits relevant du champ d'application de l'article 210 *bis* – Pour être couvert par l'article 210 *bis*, un accord de durabilité doit:

- concerner un ou plusieurs produits agricoles énumérés à l'annexe I du TFUE[87] à l'exclusion des produits de la pêche et de l'aquaculture (ci-après les «produits énumérés à l'annexe I») et
- concerner la production ou le commerce de ces produits.

Un accord de durabilité peut être valable même s'il concerne à la fois des produits énumérés à l'annexe I et des produits hors annexe I. Toutefois, l'exclusion en vertu de l'article 210 *bis* ne s'appliquera qu'à la partie de l'accord de durabilité qui concerne les produits énumérés à l'annexe I. Exemple : un accord porte sur le conditionnement durable du malt dans des sacs de transport étanches entièrement recyclables et de la bière dans des fûts fabriqués entièrement à partir de métaux recyclés. L'article 210 bis ne s'appliquera qu'à la partie de l'accord concernant le malt, étant donné que la bière est un produit hors annexe I.

39. Clean Industrial Deal – Le *Clean Industrial Deal* comprend plusieurs annonces relatives au contrôle des concentrations et au droit de la concurrence et notamment le fait que la Commission européenne se dit disposée à fournir des orientations informelles aux entreprises sur la compatibilité de leurs projets de coopération - notamment en matière de décarbonation - avec les règles de concurrence, en particulier dans le cadre de l'article 101 TFUE. Cette approche s'inscrit donc dans une logique de « porte ouverte », notamment à l'égard des initiatives de coopération en matière de durabilité[88].

c) L'apport de l'ABC : l'affaire des « salaires décents » dans la filière bananière (Belgique)

40. En mars 2023, l'ABC a examiné le projet de durabilité d'une entreprise (« IDH-Transforming Markets ») et de certaines chaînes de distribution visant à garantir des salaires décents dans la filière bananière. L'ABC a conclu que ce projet ne soulevait pas de problème de concurrence[89]. Dans son communiqué de presse n° 11/2023 du 30 mars 2023, l'ABC souligne que les initiatives de développement durable reposant sur des partenariats entre entreprises « *peuvent nécessiter une mise en balance complexe des intérêts de la coopération pour le développement durable, d'une part, et les effets de la concurrence, d'autre part* ».

Pour évaluer les effets du partenariats envisagé sur la concurrence, l'ABC indique avoir examiné les paramètres suivants : la transparence pour les participants au processus de sélection des normes, le caractère volontaire de la participation, la possibilité d'adopter des normes plus strictes, l'absence d'échanges d'informations commerciales sensibles, l'accès effectif et non discriminatoire aux exigences et conditions de la norme de durabilité, l'absence d'augmentation significative des prix ou de réduction du choix pour les consommateurs, la mise en place d'un contrôle ou d'un système de surveillance pour garantir l'application de la norme de durabilité.

On peut noter qu'en l'espèce, IDH-Transforming Markets avait confirmé qu'aucune recommandation ne serait formulée sur la manière de répercuter les changements de coûts dans la chaîne d'approvisionnement.

2. Accords exemptés

41. Lorsqu'un accord de durabilité entre entreprises restreint la concurrence au sens des articles 101, § 1er, TFUE/IV.1 CDE, il peut néanmoins être considéré comme compatible avec les

---

[87] https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0009.01/DOC_5&format=PDF

[88] Par ailleurs, la Commission prévoit de réviser ses Lignes directrices en matière de concentrations afin de mieux intégrer l'impact des opérations sur la disponibilité de produits durables abordables, l'innovation verte, et les gains d'efficience liés à la durabilité. Les nouvelles lignes directrices tiendront également compte de l'innovation, de la résilience des marchés et de l'intensité des investissements dans les secteurs stratégiques dans l'évaluation concurrentielle.

[89] ABC, Communiqué de presse n° 11/2023, 30 mars 2023.

articles 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE, à condition qu'ils remplissent les critères d'exemption prévus par ces dispositions.

Ces quatre conditions, inchangées par les Lignes directrices de 2023 sur les accords de coopération horizontale, sont les suivantes :

- la réalisation de gains d'efficience ;
- le caractère indispensable de la restriction pour obtenir ces gains ;
- une répartition équitable des gains au bénéfice des consommateurs ;
- l'absence d'élimination substantielle de la concurrence sur le marché.

Parmi ces conditions, les critères relatifs aux gains d'efficience et à leur répartition équitable pour les consommateurs sont ceux qui posent le plus de difficulté aux entreprises. En effet, celles-ci doivent supporter la charge de la preuve, ce qui implique de démontrer que leurs accords génèrent des gains suffisants et que ces gains bénéficient effectivement et suffisamment aux consommateurs. Or, comme il est expliqué ci-dessous, il n'est pas évident pour les entreprises d'évaluer si, et *a fortiori* de démontrer que les avantages créés par leur accord sont suffisamment significatifs et proportionnés pour justifier l'application de l'exemption.

42. Outre la littérature scientifique et les nombreuses décisions juridictionnelles, les Lignes directrices de 2004[90] relatives à l'application de l'article 101, § 3, fournissent des informations pratiques sur l'application des quatre conditions d'exemption. Les Lignes directrices de 2023 et leur chapitre sur les accords de durabilité, apportent également des précisions sur l'applicabilité de ces critères aux accords de durabilité. On verra toutefois que certaines questions demeurent malgré tout en suspens.

43. Avant d'analyser en détail les quatre conditions des articles 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE, il convient de rappeler que les accords de durabilité ne constituent pas une catégorie distincte d'accords de coopération horizontale ou verticale aux fins de l'application des articles 101 TFUE/IV.1 CDE. Par conséquent, un accord de durabilité pourrait également bénéficier des règlements d'exemption par catégorie pour autant que les conditions prévues par ces règlements soient remplies[91]. En cas de conflit, les parties « *peuvent se référer aux orientations du chapitre qui leur est le plus avantageux* »[92].

d) Gains d'efficience

44. La première condition imposée par l'article 101, § 3, TFUE exige que l'accord ou la pratique concertée contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique[93]. Autrement dit, l'accord doit générer des gains d'efficience[94].

Parmi les exemples de gains pouvant être générés par des accords de durabilité, la Commission européenne cite l'utilisation de technologies de production ou de distribution moins polluantes, l'amélioration des conditions de production et de distribution, le développement d'infrastructures plus résilientes et l'optimisation de la qualité des produits.

Les accords de durabilité peuvent également servir à réduire les perturbations dans la chaîne d'approvisionnement, à accélérer le lancement des produits durables sur le marché et à aider les consommateurs à prendre des décisions d'achat en connaissance de cause.

45. En Belgique, une mesure limitant le choix du matériel autorisé pour participer à une compétition sportive a pu être considérée comme participant à la réalisation d'un avantage non économique, dès lors qu'elle visait à *« limiter le coût de la participation aux compétitions, et partant*

---

[90] Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, points 34 à 47.

[91] Voy. *supra* Section B, point 3.

[92] Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, point 523 et 525.

[93] Aux termes de l'article IV.1., § 3, CDE pour échapper à la qualification infractionnelle, l'accord doit *soit* permettre une amélioration du bien-être des consommateurs, *soit* permettre un affermissement de la position concurrentielle des PME. Cette seconde possibilité, qui n'est donc pas inspirée du droit européen, ne présente toutefois pas, selon nous, de spécificité par rapport aux accords de durabilité.

[94] La Communication de la Commission sur l'application de l'article 101, § 3, TFUE fournit aux points 59 à 72 une liste non exhaustive des potentiels gains d'efficience.

[à] permettre au plus grand nombre la pratique de ce sport » et à « *renforcer l'équité sportive* » en garantissant que l'égalité des équipements mette en avant les seules qualités sportives des pilotes[95].

46. Conditions - Les gains d'efficience ne peuvent être présumés. Même s'ils ne sont pas purement économiques, ils doivent être objectifs, sensibles, concrets et vérifiables.

Si le gain d'efficience qui résulte de l'accord est, par exemple, le recul de la contamination des eaux, les parties à l'accord doivent être en mesure d'expliquer précisément comment l'accord y contribue et fournir une estimation de l'ampleur de l'avantage attendu. De manière générale, les gains qualitatifs doivent faire l'objet d'une description détaillée et être étayés par des éléments tangibles.

e) Caractère indispensable de la restriction

47. En vertu des articles 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE, un accord ou une pratique ne doit pas imposer des restrictions de concurrence qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficience. Cette exigence découle de l'application du principe de proportionnalité. Les parties doivent démontrer que :

- l'accord et les restrictions individuelles qu'il contient sont raisonnablement nécessaires pour concrétiser les avantages de durabilité allégués ;
- aucun autre moyen économiquement réalisable et moins restrictif ne permettrait d'obtenir ces bénéfices.

A ce sujet, la Commission européenne explique :

« *En principe, chaque entreprise devrait décider pour elle-même de la manière dont elle cherche à atteindre les avantages en matière de durabilité, et dans la mesure où les consommateurs apprécient de tels avantages, le marché récompensera les bonnes décisions et sanctionnera les mauvaises. Lorsqu'il existe une demande pour des produits durables, les accords de coopération ne sont généralement pas indispensables pour l'obtention d'avantages en matière de durabilité. Cependant, ils peuvent être indispensables pour atteindre un objectif de durabilité d'une manière plus rentable ou plus rapide* »[96].

48. Rôle de la législation - Si le droit de l'Union ou le droit national impose aux entreprises de se conformer à des obligations spécifiques qui poursuivent un objectif de développement durable, les accords de coopération relatifs à la conformité à ces obligations ne seront généralement pas considérés comme indispensables[97]. En effet, dans cette hypothèse, le législateur a estimé que chaque entreprise devait être en mesure de s'y conformer individuellement.

La Commission identifie toutefois plusieurs situations où, malgré l'existence d'une réglementation, les accords de durabilité entre entreprises peuvent encore être considérés comme indispensables. Premièrement, tel pourrait être le cas si les entreprises concluent un accord pour atteindre une norme de durabilité plus stricte que celle fixée par la réglementation. Deuxièmement, ces accords peuvent également être nécessaires pour atteindre l'objectif d'une manière plus efficace ou dans un délai plus court. La coopération peut s'avérer indispensable pour réaliser des économies d'échelle, et notamment pour garantir une échelle suffisante permettant de couvrir les coûts fixes liés à la mise en place, l'utilisation et le suivi d'un label ou d'une norme de durabilité. D'autres situations peuvent également se présenter lorsque, en raison d'externalités négatives ou d'autres défaillances du marché, la coopération entre entreprises permet d'obtenir les bénéfices de durabilité de manière plus rentable.

Par exemple, un accord de durabilité peut être nécessaire, dans un phase initiale, pour éviter le parasitisme des investissements requis pour promouvoir un produit durable et informer les consommateurs, permettant ainsi de surmonter le « *first mover disadvantage* ». Cela peut notamment se produire lorsqu'une entreprise investit dans la commercialisation d'un produit durable afin de sensibiliser les consommateurs à sa qualité. Si des concurrents commencent ensuite à proposer leurs propres versions durables de produits pour lesquels la demande est déjà

---

[95] Cons. conc., Prés., déc. n° 2000-V/M-39 du 6 décembre 2000, aff. CONC-V/M-00/0012 : *ETE-Kilt c. ASAF*.

[96] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 562.

[97] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 564.

établie, ils échappent aux coûts initiaux liés au lancement du produit durable et bénéficient des investissements réalisés par l'entreprise pionnière.

49. Limite des obligations imposées par un accord de durabilité - De manière générale, les obligations imposées par un accord de durabilité ne doivent pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif de l'accord.

f) Réserver une partie équitable du profit aux utilisateurs

50. Répercussion - Selon la deuxième condition de l'article 101, para. 3, TFUE, une partie équitable (*fair share*) du profit ou des gains d'efficience résultant de l'accord restrictif doit être réservée aux consommateurs. Un accord dont les effets positifs profiteraient uniquement aux entreprises parties ne peut pas bénéficier de l'exemption.

Cette condition a suscité d'importants débats, notamment quant à son application aux accords de durabilité. Par exemple, est-il possible d'exonérer un accord qui dégage des bénéfices, écologiques, en dehors du marché en cause, mais qui fait subir une réduction nette de bien-être aux consommateurs sur ce marché ?

51. Notion d'utilisateur - En renvoyant à la notion d'« utilisateur », le TFUE englobe non seulement le consommateur final mais aussi tout client intermédiaire.

52. Echelle mobile – La condition de répercussion intègre ce qu'on appelle une règle d'échelle mobile, c'est-à-dire que plus la restriction de concurrence constatée au regard de l'article 101, § 1er, TFUE est grande, plus les gains d'efficience et leur répercussion sur les consommateurs doivent être importants.

53. Etendue de la répercussion - Depuis l'adoption des Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, § 3, TFUE (2004), la Commission européenne considère que la répercussion des gains doit au minimum compenser l'inconvénient réel ou probable que la restriction de concurrence occasionne aux consommateurs[98].

Dans ses Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023), la Commission confirme que les utilisateurs perçoivent une partie équitable des bénéfices lorsque ces derniers l'emportent sur le préjudice concurrentiel, de telle manière que l'effet global sur les consommateurs du marché concerné soit au moins neutre[99] [100].

---

[98] Il est intéressant de voir qu'en 1999, la Commission européenne considérait déjà, dans son calcul de la répercussion des avantages pour les consommateurs, les avantages environnementaux collectifs. Elle indiquait par ailleurs : « *En se fondant sur des hypothèses raisonnables, on peut estimer 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. Ces résultats environnementaux pour la société réserveraient aux consommateurs une part suffisamment équitable des avantages, quand bien même les acheteurs de lave-linge n'obtiendraient pas des bénéfices individuels* » (Décision de la Commission du 24 janvier 1999, aff. IV.F.1/36.718 – *CECED*, p. 56). Pour un commentaire de cette décision, voy. notamment J. Nowag et W. Sauter, « Climate change and the energy transition : what role for Article 101 (3) TFUE ? », *Research Handbook on EU Competition Law and the Energy Transition*, Edward Elgar, 2024, pp.162-163.

[99] Point 569.

[100] La justification de cette exigence est critiquée par certains. J. Nowag et W. Sauter ("The European Commission's new Horizontal Guidelines: a great reset for competition law and sustainability?", *op. cit*., p. 60) soulignent par exemple le fait que la Commission mentionne, pour justifier sa position, l'arrêt rendu dans l'affaire *Asnef-Equifax* (C-238/05, 23 novembre 2006) alors que la Cour, plus récemment, a été moins exigeante, notamment dans l'affaire *MasterCard Inc. et autres c. Commission* (C-382/12, 11 septembre 2014).

Voy. également en ce sens : ClientEarth et S. Holmes, « Revised draft Horizontal Guidelines on Sustainability Agreements. ClientEarth's and Simon Holmes' contribution the Commission's public consultation », Avril 2022, p. 3 et ACM, « Legal Memo – What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context? », 27 Septembre 2021: "*In any event we conclude that as a matter of the law as it stands, out of market benefits are relevant, full compensation of directly affected consumers in the relevant market is not required in all cases, and we should act accordingly when applying Article 101(3) TFEU to sustainability agreements*".

Voy. enfin *infra* la position de l'autorité néerlandaise de concurrence (ACM) et son *Legal Memo* de 2021 intitulé : « What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context? ».

54. Appréciation détaillée inutile - Lorsque le préjudice concurrentiel est manifestement insignifiant par rapport aux bénéfices potentiels pour les consommateurs du marché en cause, une appréciation détaillée de la condition de répercussion sur les consommateurs n'est pas nécessaire. Une appréciation détaillée est aussi superflue lorsqu'il est manifeste que les avantages allégués en matière de durabilité ne profitent pas aux consommateurs sur le marché en cause ou qu'ils ne suffisent pas à compenser le préjudice subi par ces consommateurs. Dans les autres cas, la réalisation d'une appréciation détaillée est en principe requise[101].

55. Trois types de gains potentiels – L'analyse détaillée doit prendre en compte trois types de gains potentiels :

- les avantages individuels de la valeur d'usage ;
- les avantages individuels de la valeur de non-usage[102] ;
- les avantages collectifs.

Les parties à un accord de durabilité peuvent invoquer l'un ou l'ensemble de ces trois types d'avantages pour justifier leur accord au regard de l'article 101, § 3, TFUE. Toutefois, qu'ils soient invoqués seuls ou ensemble, les avantages avancés doivent compenser intégralement le préjudice subi par les consommateurs en raison de la restriction de concurrence.

56. Avantages individuels de la valeur d'usage - Les avantages individuels de la valeur d'usage résultent de l'utilisation du produit et améliorent l'expérience du consommateur. Ils peuvent se traduire par :

- une meilleure qualité ou une diversité accrue du produit, permise par des gains d'efficience qualitatifs ; ou
- une baisse du prix, grâce à des gains d'efficience sur les coûts.

La Commission européenne considère, par exemple, que les consommateurs bénéficient d'une meilleure qualité de produits lorsqu'ils achètent des légumes cultivés avec des engrais organiques, perçus comme meilleurs pour la santé que les engrais non organiques.

Ces gains d'efficience qualitatifs peuvent donc résulter d'accords restrictifs de concurrence et venir compenser le préjudice causé par une hausse de prix ou par une réduction du choix (par exemple, en raison de l'exclusion d'intrants non durables). Si ces avantages sont suffisamment importants, ils permettent d'équilibrer le préjudice et de remplir la condition de répartition du profit. Certains accords de durabilité peuvent aussi réduire les coûts de production et de distribution, entrainant une baisse des prix pour les consommateurs. Par exemple, des accords portant sur le partage d'infrastructures ou de services logistiques permettent aux entreprises de réaliser des économies d'échelle et de réduire les coûts globaux.

57. Avantages indirects - Depuis 2023, la Commission européenne reconnait que les avantages tirés des accords de durabilité peuvent inclure non seulement des bénéfices découlant directement de l'utilisation d'un produit plus durable mais également des avantages indirects liés à l'appréciation par les consommateurs de l'incidence de leur consommation durable sur autrui.

Certains consommateurs accordent une valeur supplémentaire à un produit durable, non pas pour leur propre usage, mais en raison de son impact positif sur la société. Par exemple, certains consommateurs vont choisir un liquide de lavage spécifique car il contamine moins l'eau. Des conducteurs pourraient aussi choisir un carburant plus onéreux en raison de son impact réduit sur la pollution atmosphérique.

Ces avantages de la valeur de non-usage indirects sont considérés comme répercutés sur les consommateurs via leur évaluation individuelle de l'incidence de leur consommation sur les autres, y compris donc les non-utilisateurs en dehors du marché concerné.

58. Calcul et preuve - La question du calcul et de la preuve de ces avantages indirects de la valeur de non-usage se pose. Dans certains cas, ces avantages peuvent être quantifiés à l'aide d'enquêtes ou de sondages, mesurant la disposition des consommateurs à payer plus cher pour

---

[101] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 570.

[102] La notion d'avantages individuels de la valeur de non-usage est une innovation notable des Lignes directrices de 2023.

des produits durables[103]. Dans d'autres cas, la preuve des préférences réelles des consommateurs peut être très difficile à fournir.

59. Avantages collectifs - Les avantages collectifs peuvent également, dans une certaine mesure, être pris en compte dans l'appréciation de la répercussion des gains sur les consommateurs. Ces avantages sont appelés « avantages collectifs » car ils surviennent indépendamment de l'appréciation individuelle du produit par le consommateur et bénéficient à une plus grande partie de la société que seulement les consommateurs sur le marché en cause.

En principe, la Commission considère que si la restriction de concurrence frappe le marché A, les gains d'efficience doivent intervenir sur le marché A[104]. Une exception est toutefois tolérée : lorsque deux marchés sont liés entre eux, les gains d'efficience obtenus sur des marchés séparés peuvent être pris en compte, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle qui bénéficie des gains d'efficience soient substantiellement les mêmes[105].

Dans la partie des Lignes directrices de 2023 relative aux accords de durabilité, la Commission européenne indique :

« *bien que la mise en balance des effets positifs et négatifs des accords restrictifs se fasse habituellement au sein du marché en cause concerné par l'accord, lorsque deux marchés sont liés entre eux, les gains d'efficience générés sur des marchés séparés peuvent être pris en considération, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle profitant des gains d'efficience soient substantiellement les mêmes.*

Par analogie, lorsque les consommateurs sur le marché en cause se croisent de façon substantielle avec le groupe de bénéficiaires en dehors dudit marché en cause, ou qu'ils en font partie, les avantages collectifs dont profitent les consommateurs sur le marché en cause et qui se produisent en dehors de ce marché peuvent être pris en considération s'ils sont suffisamment important pour compenser le préjudice que les consommateurs subissent »[106].

Les Lignes directrices de 2023 admettent donc la prise en compte d'avantages survenant sur des marchés séparés, pourvu que les marchés soient liés et que les groupes de consommateurs – le groupe subissant la restriction de concurrence et le groupe bénéficiant des avantages de l'accord de durabilité – soit substantiellement les mêmes.

L'exemple cité par la Commission est celui des conducteurs qui se procurent un carburant moins polluant : en tant que consommateurs, ils achètent un produit spécifique ; en tant que citoyens, ils bénéficient d'une amélioration de la qualité de l'air. Dans la mesure où un chevauchement peut être établi entre les consommateurs (les conducteurs) et un ensemble plus large de bénéficiaires (les citoyens), les avantages collectifs résultant d'un air plus propre peuvent être pris en compte dans l'analyse au titre de l'article 101, § 3, TFUE.

---

[103] Pour une critique de l'utilisation de ce critère : voy. ClientEarth et S. Holmes, « Revised draft Horizontal Guidelines on Sustainability Agreements. ClientEarth's and Simon Holmes' contribution the Commission's public consultation », Avril 2022, p. 7.

[104] Voir les Lignes directrices de 2004 sur l'application de l'article 101, § 3, TFUE qui énoncent : « En principe, les effets négatifs sur les consommateurs d'un marché géographique ou d'un marché de produits donné ne peuvent être comparés aux effets positifs pour les consommateurs d'un marché géographique ou d'un marché de produits distinct, ni compensés par ces effets positifs.» (§ 43).

[105] *Ibid*.

Exemples typiques de marchés liés :

- Le marché de la production et le marché de la distribution d'un même produit.
- Le marché d'un composant et le marché du produit final qui intègre ce composant.
- Le marché amont (matières premières ou intrants) et le marché aval (produit transformé).
- Le marché des véhicules et celui de l'entretien ou des pièces détachées.

On notera que les Lignes directrices sont plus strictes que la jurisprudence ultérieure du Tribunal de l'Union qui admet que des groupes d'utilisateurs épargnés par la restriction soient pris en compte dans l'analyse, dès lors que les gains d'efficience retournent pour partie vers le groupe d'utilisateurs frappé par la restriction. Voy. TUE, 24 mai 2012, T-111/08, *MasterCard Inc. et autres c. Commission*, § 228.

[106] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, points 583 et 584.

Autre exemple : un accord entre fabricants de batteries pour véhicules électriques pourrait restreindre la concurrence sur le marché des batteries (marché A), tout en générant des gains d'efficience sur le marché des véhicules électriques (marché B), tels qu'une baisse des coûts ou une réduction des émissions. Si les acheteurs de batteries sont les constructeurs automobiles, et que ces gains sont effectivement répercutés aux acheteurs finaux des véhicules, l'exemption ne sera possible que s'il est établi que les consommateurs finaux des deux marchés sont substantiellement les mêmes.

À l'inverse, prenons le cas de consommateurs achetant des vêtements en coton durable, dont la culture utilise moins d'engrais et d'eau. Ces bénéfices environnementaux pourraient, en principe, être qualifiés d'avantages collectifs. Toutefois, dans ce cas, un chevauchement significatif entre les consommateurs (situés dans les pays de consommation) et les bénéficiaires réels des avantages (situés dans les zones de culture du coton) est peu probable. Il est donc improbable que ces bénéfices puissent être pris en compte au titre de l'article 101, § 3, sauf si les consommateurs expriment une volonté de payer un prix plus élevé pour des vêtements issus de pratiques durables – auquel cas, il s'agirait d'un avantage individuel (cf. *supra*).

60. Critères d'appréciation – Pour que les avantages collectifs soient considérés, les parties à l'accord doivent ainsi être en mesure de démontrer :

- la nature des avantages allégués, en fournissant des éléments de preuve attestant qu'ils sont déjà survenus ou qu'ils sont hautement probables ;
- l'identification précise des bénéficiaires ;
- l'existence d'un chevauchement substantiel entre les consommateurs sur le marché en cause et les bénéficiaires des avantages collectifs[107] ; et
- que la part des avantages collectifs profitant aux consommateurs sur le marché en cause, combinée aux avantages individuels (valeur d'usage et de non-usage), l'emporte sur le préjudice concurrentiel subi par ces consommateurs[108].

Cette dernière exigence semble limiter considérablement la prise en compte des avantages générés par certains accords de durabilité dans l'appréciation des conditions de l'exemption.

On peut noter que certaines de ces exigences n'ont pas toujours été imposées par la Commission européenne. Dans sa décision « CECED », par exemple, la Commission distinguait explicitement les « avantages économiques individuels » des consommateurs des « avantages environnementaux collectifs » et indiquait :

« En se fondant sur des hypothèses raisonnables, on peut estimer 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. *Ces résultats environnementaux pour la société réserveraient aux consommateurs une part suffisamment équitable des avantages, quand bien même les acheteurs de lave-linge n'obtiendraient pas des bénéfices individuels* »[109].

On soulignera également que la jurisprudence européenne considère que les avantages objectifs sensibles concernés par la première condition de l'article 101, § 3, TFUE peuvent se produire non seulement sur le marché en cause, mais également *pour tout autre marché sur lequel l'accord en cause pourrait produire des effets bénéfiques*, voire, de manière plus générale, pour tout service dont la qualité ou l'efficacité serait susceptible d'être améliorée par l'existence dudit accord[110].

61. Lorsque des données quantitatives ne sont pas disponibles, d'autres éléments de preuve peuvent être pris en compte, pour autant qu'ils démontrent un effet positif clairement reconnaissable sur les consommateurs du marché en cause, et non un impact marginal.

---

[107] La Commission précise que dans les cas où les avantages collectifs sont disséminés dans une grande partie de la société, il est « *moins probable que le croisement avec les consommateurs du marché en cause soit important* » (Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, note de bas de page n° 410).

[108] Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, point 587.

[109] Décision de la Commission du 24 janvier 1999, aff. IV.F.1/36.718 – *CECED*, para. 56.

[110] Voy. les arrêts du Tribunal du 28 février 2002, *Compagnie générale maritime e.a./Commission*, T-86/95, Rec. p. II-1011, point 343 ; *GlaxoSmithKline Services/Commission*, point 196 supra, point 248 ainsi que *MasterCard Inc. et autres c. Commission*, T-111/08, 24 mai 2012.

62. La Commission reconnait dans ses Lignes directrices (2023) que l'expérience en matière de quantification des avantages collectifs est encore limitée. Elle indique son intention de fournir des orientations supplémentaires lorsque des cas concrets auront été traités.

Certaines questions, comme celle de la prise en compte et du calcul des avantages collectifs non quantitatifs, restent en partie ouvertes. Par exemple, peut-on prendre en compte, en cas d'accord de durabilité permettant une réduction des émissions de gaz à effet de serre, la totalité de la réduction ou seulement la part qui concerne directement les consommateurs sur le marché en cause ?

63. Enfin, dans certains cas, les avantages collectifs d'un accord de durabilité peuvent mettre du temps à se matérialiser. Pendant cette période, l'accord peut n'engendrer que des effets négatifs.

La Commission indique toutefois que ce décalage temporel n'exclut pas l'application de l'article 101, para. 3, TFUE. Cela étant dit, plus l'attente est longue, plus les gains d'efficience devront être élevés pour compenser la perte subie par les consommateurs avant la répercussion des bénéfices.

g) Absence d'élimination de la concurrence

64. Selon la quatrième et dernière condition énoncée aux articles 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE, un accord de durabilité restrictif de concurrence ne peut pas donner la possibilité aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

Peu importe l'étendue des gains d'efficience générés, un degré de concurrence doit subsister. Les parties à l'accord doivent continuer de se livrer une concurrence sur au moins un paramètre essentiel. Ainsi, si l'accord de durabilité élimine la concurrence en ce qui concerne, par exemple, la qualité ou la diversité des produits, les prix ne peuvent être également restreints.

65. La Commission apporte trois précisions quant à cette condition d'absence d'élimination de la concurrence.

Tout d'abord, lorsqu'un marché comprend une gamme de produits différenciés, l'élimination de la concurrence pour une seule variante du produit ne signifie pas nécessairement l'élimination de la concurrence sur l'ensemble du marché.

Ensuite, si des concurrents décident d'abandonner une technologie polluante ou un intrant non durable spécifique, la concurrence demeure dès lors qu'ils continuent de rivaliser sur d'autres paramètres, tels que le prix et/ou la qualité du produit final.

Enfin, une suppression temporaire de la concurrence n'est pas nécessairement problématique, tant qu'elle n'entrave pas le développement concurrentiel à long terme. Par exemple, un accord entre concurrents visant à limiter temporairement la production d'une variante d'un produit contenant un intrant non durable, pour introduire une alternative durable sur le marché et sensibiliser le consommateur aux caractéristiques du nouveau produit, peut respecter la condition de maintien de la concurrence.

h) Exemptions belges

66. Tel qu'il ressort de l'exposé des dispositions applicables en Belgique, il n'existe pas dans l'ordre juridique belge de dispositions législatives spécifiques consacrées au rôle de la durabilité dans le droit de la concurrence[111].

Cela étant, l'ABC considère que le cadre législatif actuel lui permet déjà de prendre en compte des considérations de durabilité, à condition que celles-ci soient pertinentes pour le fonctionnement des marchés concernés par une pratique donnée ou pour les personnes affectées par cette

[111] Voir également J. Blockx, « Sustainability and Competition Law in Belgium », in *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*, Springer, 2024.

pratique — y compris au-delà du marché concerné (out-of-market)[112]. Selon l'ABC, cette prise en compte peut se faire à travers une analyse combinée du bien-être total et du bien-être des consommateurs, ainsi que par la prise en considération de l'intérêt économique général.

67. L'article IV.1, § 5, CDE prévoit que le Roi peut, après consultation de la Commission de la concurrence et de l'ABC, déclarer par arrêté royal que l'article IV.1, § 1er, n'est pas applicable à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées. A l'instar des Règlements d'exemption européens, l'arrêté royal ainsi adopté présumerait que les conditions d'exemption sont réunies dans certains cas spécifiques.

L'arrêté royal doit alors comprendre une définition des catégories d'accords, des décisions d'associations d'entreprises et de pratiques concertées auxquels il s'applique. Il doit préciser, notamment, les restrictions ou les clauses qui ne peuvent y figurer et/ou les clauses qui doivent y figurer ou les autres conditions qui doivent être remplies.

Selon le CDE, un tel arrêté royal est pris pour une durée limitée.

A ce jour, cette faculté n'a toutefois pas été mise en œuvre.

Les arrêtés qui seraient pris en application de cette disposition doivent se conformer aux règles européennes, au moins pour les ententes qui présentent une dimension intra-européenne. En revanche, pour celles n'affectant pas le commerce entre Etats membres, un arrêté royal d'exemption pourrait être adopté pour exempter certains types d'accords, tels que des accords durabilité, qui ne seraient pas nécessairement autorisés s'ils avaient une portée intra-européenne.

3. Le cas spécifique des ententes verticales

68. La catégorie d'accords verticaux recouvre l'ensemble des accords conclus entre les entreprises actives à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution. Il s'agit essentiellement d'accords de distribution commerciale.

Ces accords verticaux bénéficient d'un présupposé favorable en droit de la concurrence belge et européen. En effet, dans la mesure où ils sont conclus entre entreprises situées à différents stades de la chaîne de valeur, ils sont généralement moins susceptibles de porter atteinte de manière significative à la concurrence. De surcroît, ils sont souvent sources de gains d'efficience substantiels.

69. La durabilité pourrait être amenée aussi à jouer un rôle croissant dans ces accords verticaux. Par exemple, des fournisseurs de produits durables peuvent souhaiter sélectionner leurs distributeurs en fonction de critères qualitatifs, notamment de durabilité. De même, si des fournisseurs s'accordent pour fixer des normes de durabilité particulièrement exigeantes, il est naturel que des ententes verticales puissent aboutir à la création de réseaux de distribution spécialisés, visant à minimiser l'impact environnemental de la consommation[113]. Ainsi, si la tête d'un réseau distribution de produits de luxe peut contraindre ses distributeurs à adopter un

---

[112] Voir « Environmental Considerations in Competition Enforcement – Note by Belgium for the OECD Competition Committee meeting on 1-3 December 2021 ». Il est intéressant de constater que l'ABC cite l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *GlaxoSmithKline* (C-501/06P, 6 octobre 2009) et en particulier le point 63 (« *D'une part, il ne ressort aucunement de cette disposition que seuls les accords privant les consommateurs de certains avantages pourraient avoir un objet anticoncurrentiel. D'autre part, il importe de souligner, que la Cour a jugé que l'article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix* «).

Dans la note à l'OCDE, à la question « Did you require full consumers' compensation to allow agreements with positive environmental effects? How did you interpret the notion of "consumers"? », l'ABC répond : « We did not yet have a case which required us to do so, but can be expected to interpret the concept of 'consumers' as including 'users' and out-of-market end-users, provided the agreement also benefits to those who may be affected by any negative impact an agreement on competition ».

[113] Voy. également en ce sens Ch. Lledo, *op. cit*., p. 377.

comportement conforme à l'image de marque des produits[114], rien ne semble s'opposer à ce qu'elle convienne avec ses fournisseurs de l'adoption de critères de durabilité. À titre d'illustration, les fournisseurs pourraient exiger des distributeurs qu'ils proposent des services de recharge ou des dispositifs de recyclage dans leurs points de vente, ou qu'ils privilégient des modes de livraison durables, tels que le vélo-cargo, plutôt que les véhicules à moteur thermique[115].

Enfin, dans le contexte de la future application de la directive sur le devoir de vigilance (CSDDD), qui encourage les interactions entre entreprises, il sera particulièrement important de comprendre comment la Commission européenne évaluera les accords verticaux poursuivant un objectif de durabilité, notamment dans le cadre de cette nouvelle obligation de vigilance[116].

70. La question de la durabilité est brièvement mentionnée dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 28 juin 2022. On y lit que « *des accords de fourniture et de distribution efficaces entre entreprises contribuent à la réalisation des objectifs de l'Union en ce qui concerne la durabilité, la résilience et le numérique* »[117]. Ceci étant, pour la Commission, ils ne constituent pas une catégorie distincte d'accords verticaux et ils doivent donc être appréciés sur la base des principes énoncés dans les Lignes directrices du 28 juin 2022, « tout en tenant compte de l'objectif qu'ils poursuivent ». C'est pourquoi, il est explicité que l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 1, du Règlement (UE) 2022/720 s'applique aux accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité, pour autant qu'ils remplissent les conditions dudit Règlement. La Commission précise par ailleurs que les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale pourraient fournir des orientations sur les circonstances dans lesquelles les avantages en matière de durabilité peuvent être pris en compte en tant que gains d'efficience qualitatifs ou quantitatifs au sens de l'article 101(3) du TFUE. Bien que les Lignes directrices de 2023 sur les accords de coopération horizontale et leur chapitre sur les accords de durabilité n'aient pas encore été publiés lorsque les Lignes directrices sur la coopération verticale ont été adoptées, on peut s'attendre à ce que la position de la Commission quant aux deux types de coopération et à l'application de l'exemption prévue à l'article 101 (3) TFUE soit essentiellement identique.

D. Quelques décisions jurisprudentielles - Le droit de la concurrence au service de la durabilité

71. Ces dernières années, plusieurs affaires ont illustré le rôle du droit de la concurrence dans la prévention des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de freiner le développement de technologies, processus de production ou pratiques durables[118]. La qualité ou la performance environnementale d'un bien ou d'un service constitue un paramètre de concurrence entre entreprises. Dès lors, tout comportement susceptible de restreindre la concurrence sur cet aspect particulier est susceptible de relever de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.

Nous présentons ci-après trois affaires marquantes, qui ont notamment retenu l'attention en raison de l'importance des sanctions financières infligées aux entreprises impliquées.

---

[114] CJUE, 6 décembre 2017, aff. C-230/16, *Coty Germany*. Plus généralement, la jurisprudence européenne a déjà mis en avant le fait qu'un réseau de distribution sélective puisse être validé si sa mise en place répond à la nécessité de respecter les caractéristiques des produits distribués.

[115] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2022/C 248/01, *JO C 248 du 30 juin 2022*, point 144.

[116] Voy. à ce sujet S. Ünekbas, « Diligence is Due Indeed: Competition Law as a Barrier to Sustainable Supply Chains? », *Kluwer Competition Law Blog*, 4 juillet 2022.

[117] *Ibid*., p. 8.

[118] Pour une analyse de certaines décisions nationales et européennes, voy. par exemple S. Holmes, "Cartels harming sustainability (and those that don't) in Europe", dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024, pp. 337-351.

On notera que certaines décisions jurisprudentielles rendues dans des pays ayant adopté des mesures spécifiques à l'égard des accords de durabilité sont évoquées dans la Partie II.

1. L'affaire des revêtements de sol (FR) (2017)

72. En octobre 2017, l'Autorité française de la concurrence (« **AFC** ») a infligé une amende de 302 millions d'euros à trois fabricants de revêtements de sol - Forbo, Gerflor et Tarkett - pour leur participation à un cartel ayant perduré pendant 23 ans. Ce cartel, mis en place en collaboration avec le syndicat professionnel SFEC, concernait la production et la vente de revêtements de sol en PVC et en linoléum.

73. L'AFC a identifié trois pratiques anticoncurrentielles. Premièrement, les entreprises communiquaient sur les prix minimums, les augmentations tarifaires et les politiques de vente. Ensuite, les parties partageaient des informations précises et confidentielles sur leurs volumes de vente et leurs prévisions commerciales. Enfin, les parties s'étaient interdit toute communication individuelle sur la performance environnementale de leurs produits.

74. Selon l'AFC, en renonçant à communiquer sur la base de données environnementales individuelles, les entreprises ont supprimé toute concurrence sur la qualité environnementale de leurs produits. Elles ont freiné les innovations visant à améliorer les performances environnementales des revêtements de sol et réduit le bien-être des consommateurs, en limitant leur capacité à choisir des produits en fonction de critères écologiques.

Cette affaire illustre déjà comment des pratiques affectant la durabilité des produits peuvent relever du droit de la concurrence, en démontrant que les restrictions à la transparence environnementale peuvent entraver la concurrence par l'innovation et nuire aux consommateurs.

2. L'affaire AdBlue (UE) (2021)

75. En juillet 2021, la Commission européenne a infligé une amende de 875 millions d'euros à quatre constructeurs automobiles allemands pour atteinte à la concurrence dans l'utilisation d'une technologie destinée à réduire les émissions d'oxydes d'azote (NOx) des véhicules. Les constructeurs avaient participé à des réunions techniques régulières pour discuter du développement de technologies permettant d'éliminer les NOx grâce à l'injection d'urée dans le gaz d'échappement (technologie connue sous le nom de « AdBlue »).

76. La Commission a estimé que les parties s'étaient entendues pour ne pas aller au-delà des exigences légales en matière de réduction des émissions, bien qu'elles en aient eu la capacité. Plus précisément, elles avaient conclu un accord sur la taille des réservoirs « AdBlue », sur leur variété et avaient établi un consensus sur la consommation moyenne estimée de AdBlue[119].

77. Dans cette affaire, le fait que l'entente concernait la durabilité des produits n'a pas été explicitement considéré comme un facteur aggravant. Cependant, cette affaire illustre que des accords visant à limiter les performances environnementales des produits peuvent relever du régime des ententes prohibées.

Plusieurs autres observations peuvent être faites par rapport à cette affaire. En limitant volontairement les performances environnementales de leurs véhicules[120], les constructeurs ont éliminé le risque concurrentiel pour ceux incapables de proposer des performances supérieures en matière d'élimination des émissions d'oxyde d'azote[121]. En restreignant la taille des réservoirs AdBlue, les constructeurs automobiles ont contraint les consommateurs à acheter de nouveaux véhicules diesel équipés de réservoirs plus petits, ce qui réduisait la durée des intervalles de remplissage pour les clients et diminuait la capacité de traitement des NOx[122].

La Commission a reconnu que les constructeurs avaient légitimement coopéré pour inciter l'industrie pétrolière à développer une infrastructure de ravitaillement en AdBlue plus accessible.

---

[119] Décision de la Commission du 8 juillet 2021 relative à une procédure en vertu de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire AT. 40178 – *Emissions des véhicules automobiles*), p. 18-21 (Ci-après « Décision de la Commission du 8 juillet 2021 »)

[120] *Ibid.*, § 123 et 138.

[121] *Ibid.*, § 126 et 128.

[122] *Ibid.*, § 127.

Toutefois, elle a estimé que leur coordination allait au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre cet objectif, impliquant une entente sur les tailles de réservoirs et les niveaux de consommation[123].

La Commission a qualifié cette coordination de restriction par objet, en s'appuyant sur la jurisprudence *Cartes Bancaires*[124] et *Budapest Bank*[125]. Elle a rappelé qu'un accord poursuivant un objectif légitime peut néanmoins être jugé anticoncurrentiel s'il implique une restriction injustifiée de la concurrence[126].

Enfin, bien que la réduction de la taille des réservoirs AdBlue puisse se justifier par des raisons techniques, comme le gain de place ou la réduction du poids du véhicule (bénéfique pour la consommation de carburant et les émissions de CO2), chaque constructeur aurait pu prendre cette décision individuellement. Or, plutôt que de laisser la concurrence jouer sur la meilleure solution technologique et écologique, les constructeurs ont choisi de s'entendre pour éviter toute rivalité sur ce point[127].

78. Il est intéressant de noter que le fait que la restriction portait en l'espèce sur la durabilité des produits n'a pas été explicitement mentionné par la Commission européenne comme un facteur aggravant lors de l'établissement de la sanction. Néanmoins, dans son évaluation de la gravité de l'infraction et la détermination du montant de l'amende, la Commission souligne expressément que le comportement des parties à l'accord était « *par sa nature même, susceptible d'entraver la concurrence en matière de réduction des émissions au-delà des exigences fixées par les normes européennes applicables et, par conséquent, de limiter le développement technologique, un type de conduite explicitement interdit par l'article 101 (1) (b) TFUE* »[128].

3. L'affaire des emballages alimentaires et du Bisphénol A (FR) (2023)

79. En décembre 2023, l'AFC a infligé une amende de près de 20 millions d'euros trois organismes professionnels de conserveurs et un syndicat de fabricants de boîtes pour avoir mis en œuvre, dans le contexte de l'adoption de la loi du 24 décembre 2012 visant à suspendre l'utilisation du Bisphénol A (ou « BPA ») de tous les contenants alimentaires à compter du 1er janvier 2015, des pratiques visant à empêcher toute concurrence sur la présence ou non de Bisphénol A dans les contenants alimentaires. L'entente est intervenue pendant la phase transitoire durant laquelle étaient simultanément mises sur le marché des boîtes avec et sans Bisphénol A.

Ces pratiques ont été de deux ordre :

- empêcher les industriels de communiquer sur l'absence de BPA dans les contenants alimentaires ;
- inciter les industriels à refuser de livrer des boîtes sans BPA avant la date du 1er janvier 2015 puis d'arrêter de commercialiser des conserves avec BPA après cette date.

Cette affaire est directement liée à la durabilité et à la santé publique dans la mesure où la dangerosité du BPA était déjà connue à l'époque et où l''AFC a pris en compte le caractère nocif de la substance pour établir la gravité de l'infraction et justifier le montant des sanctions.

80. Comme indiqué, dans cette affaire, les parties s'étaient entendues pour ne pas communiquer d'informations précises sur la composition de leurs emballages et sur présence ou non de BPA dans leurs produits. L'AFC a estimé que cet accord privait les consommateurs d'informations essentielles sur la sécurité des produits et empêchait une concurrence fondée sur la transparence. Or, ces informations auraient pu constituer un facteur de différenciation

---

[123] *Ibid.*, § 132 et 133.

[124] CJUE, C-67/13 P.

[125] CJUE, C-228/18.

[126] Décision de la Commission du 8 juillet 2021, § 120.

[127] *Ibid.*, § 134.

[128] § 224 de la Décision de la Commission : « *by its very nature, capable of hindering competition in relation to cleaning better than required by the applicable EU emission standards and thus limiting technological development, a type of conduct that is explicitly prohibited by Article 101(1)(b) of the Treaty* ».

concurrentielle, permettant aux entreprises de se démarquer au-delà des exigences légales minimales.

81. Bien qu'elle fasse l'objet d'un recours auprès de la Cour d'appel de Paris (recours pendant), la décision rendue par l'AFC présente plusieurs points d'intérêt. Tout d'abord, contrairement aux ententes classiques sur les prix, l'affaire du Bisphénol A ne porte pas sur un paramètre économique direct, mais sur l'accès à une information déterminante pour le choix des consommateurs, à savoir la sécurité des produits et la possibilité d'acheter des alternatives plus sûres. Ensuite, les entreprises avaient sciemment coordonné leurs actions pour limiter la diffusion de ces informations ; ce que l'AFC a qualifié de « pacte de non-agression », destiné à éviter toute différenciation concurrentielle. Enfin, l'AFC a jugé que ces pratiques constituaient une restriction par objet car elles portaient sur des paramètres essentiels de la concurrence : l'information sur la composition des produits et la qualité même des produits[129].

82. Comme le souligne Simon Holmes, l'analyse de l'AFC dans cette affaire est parfaitement conforme aux règles du droit de la concurrence européen et à leur interprétation par les juridictions de l'Union[130]. Lorsqu'un accord restreint la rivalité entre entreprises sur l'un des paramètres de la concurrence (que ce soit le prix, la qualité, la durabilité ou la sécurité des produits), il porte atteinte aux objectifs du régime des ententes. Il n'existe aucune justification pour traiter plus favorablement une coopération restrictive de concurrence au motif qu'elle porte sur la durabilité des produits, plutôt que sur leur prix, leur quantité ou leur qualité.

L'affaire du Bisphénol A s'inscrit d'ailleurs dans une tendance plus large où les autorités de concurrence européennes s'attaquent aux ententes limitant la liberté de choix des consommateurs. Elle rappelle que les entreprises doivent rester libres de se différencier en proposant des produits plus sûrs, plus durables ou plus performants. Elles doivent également pouvoir communiquer librement quant à ces caractéristiques[131].

4. Deux premières décisions rendues par la Commission (2025)

a) Le secteur viticole français : première application de l'article 210bis du règlement OCM[132]

83. Le 21 mars 2025, la Commission a rendu une opinion positive sur un accord sectoriel entre producteurs de vins biologiques et HVE (Haute Valeur Environnementale) de la région Occitanie, et leurs acheteurs. Cet accord visait à fixer des prix indicatifs (non contraignants) pour les transactions en vrac, afin d'inciter au maintien de pratiques de production durables, malgré un contexte économique difficile (surproduction, inflation, évolution des préférences des consommateurs).

Il s'agissait de la première mise en œuvre de l'article 210a du règlement (UE) n° 1308/2013, introduit par la réforme de la PAC, qui permet certaines dérogations à l'article 101(1) TFUE pour les accords agricoles visant des objectifs de durabilité, à condition qu'ils :

- soient conclus entre producteurs agricoles ;
- concernent des produits agricoles ;
- poursuivent des objectifs de durabilité dépassant les exigences légales ;
- et que toute restriction de concurrence soit indispensable à l'atteinte des objectifs de durabilité.

La Commission a estimé que ces conditions étaient remplies, l'accord visant à couvrir les coûts réels de production durable, majorés d'une marge bénéficiaire maximale de 20 %.

---

[129] Autorité de la concurrence, *Bisphénol A dans les contenants alimentaires : près de 20 millions d'euros de sanctions*, 11 janvier 2024, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/bisphenol-dans-les-contenants-alimentaires-pres-de-20-millions-deuros-de.

[130] S. Holmes, "Sustainability and competition policy in Europe: recent developments", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, p. 6.

[131] S. Holmes, "Cartels harming sustainability (and those that don't) in Europe", dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024, pp. 342 et 343.

[132] Communiqué de presse : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1832

De plus amples informations sur l'avis rendu seront disponibles sur les sites web de la Commission consacrés à la concurrence et à l'agriculture et au développement rural, dès que les éventuels problèmes de confidentialité auront été résolus.

b) Le secteur portuaire : guidance informelle sur un accord d'achat conjoint[133] (2025)

En juillet 2025, la Commission européenne a émis une lettre d'orientations informelles sur la compatibilité, avec les règles de concurrence, d'un accord de durabilité entre exploitants de terminaux portuaires concernant l'acquisition conjointe d'équipements électriques et la définition de spécifications techniques communes. Il s'agit de l'une des toutes premières lettres d'orientation émises en vertu de la Communication révisée de 2022 sur les orientations informelles.

84. Objet de l'accord - L'initiative, portée par APM Terminals (groupe Maersk) et plusieurs exploitants européens, vise à :

- faciliter l'achat commun de chariots cavaliers électriques à batterie (*straddle & shuttle carriers*) utilisés pour la manutention de conteneurs ;
- harmoniser les spécifications techniques minimales, notamment en matière d'interopérabilité des bornes de recharge.

L'objectif est d'accélérer la transition énergétique dans les ports de l'UE, en réduisant les émissions de CO_2 liées aux équipements diesel, tout en abaissant les coûts unitaires et les incertitudes pour les fournisseurs.

85. Analyse de la Commission – Sur la base des éléments communiqués par APM Terminals, la Commission estime que l'accord ne pose pas de problème de concurrence au regard de l'article 101 TFUE, à condition que soient respectées plusieurs garanties essentielles :

- les opérateurs doivent rester libres d'acheter individuellement les équipements en dehors de l'accord ;
- le volume mutualisé doit être plafonné pour éviter tout abus de pouvoir d'achat vis-à-vis des fournisseurs ;
- les échanges d'informations sensibles doivent être strictement limités à ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de l'accord.

La lettre d'orientation est valable pour une durée de cinq ans et s'applique sur l'ensemble du territoire de l'Espace économique européen (EEE).

86. Portée et intérêt juridique – Cet exemple illustre comment les acteurs économiques peuvent sécuriser des coopérations durables innovantes, même entre concurrents, en sollicitant un avis de la Commission européenne.

La Commission publiera une version non confidentielle de la lettre d'orientation sur le site web de la DG concurrence, sous le numéro AT.40976 dans le registre public des affaires de concurrence, une fois que tous les problèmes de confidentialité auront été résolus.

E. Le risque de *greenwashing*

87. Le risque de greenwashing est fréquemment évoqué dans les débats sur la relation entre droit de la concurrence et durabilité[134]. Certaines autorités de concurrence nationales, notamment, redoutent que l'application plus favorable des règles aux accords de durabilité ne soit instrumentalisée par certaines entreprises à des fins stratégiques, faussant ainsi le jeu de la concurrence.

L'AFC, par exemple, indique que *« [c]e sont des comportements qui, sous couvert d'engagements en faveur des objectifs environnementaux ou de développement durable, servent à créer et à dissimuler un accord ou un abus, en mettant en œuvre des pratiques interdites telles que la fixation des prix, la*

---

[133] Communiqué de presse : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1769

[134] Voy. par exemple, P. Kuipers, T. Beetstra et J. van Roosmalen, « A risk of 'greenwashing' by competition authorities? », *Kluwer Competition Law Blog*, 13 Septembre 2022.

limitation de la production, le partage du marché ou l'éviction de concurrents existants ou potentiels »[135].

88. Pratique trompeuse - De façon générale, le *greenwashing* désigne une pratique trompeuse dans laquelle les entreprises cherchent à présenter une image plus vertueuse qu'elle ne l'est en réalité. Cela peut se traduire par :

- l'exagération des bénéfices environnementaux ou sociaux d'un produit ou d'une activité ;
- la communication d'allégations non fondées ou trompeuses, visant à induire en erreur les consommateurs, les investisseurs ou les autorités[136].

89. Distinction - Il semble nécessaire de différencier le *greenwashing* en droit de la consommation et le *greenwashing* en droit de la concurrence.

En droit de la consommation, le *greenwashing* concerne les pratiques commerciales trompeuses qui visent à induire en erreur les consommateurs sur les caractéristiques environnementales d'un produit ou d'un service[137].

En droit de la concurrence, il désigne des accords anticoncurrentiels qui se présentent faussement comme des initiatives de durabilité alors qu'ils poursuivent en réalité des objectifs restrictifs de concurrence. Dans le cadre du droit de la concurrence, le greenwashing fait ainsi référence aux situations où un bénéfice en lien avec la durabilité est mis en avant pour justifier un accord de coopération entre entreprises, alors qu'en réalité cet accord vise à restreindre la concurrence[138]. Cette pratique crée une distorsion de concurrence entre (i) les entreprises qui utilisent des allégations environnementales ou sociales infondées , sans supporter les coûts réels de la durabilité, et (ii) les entreprises qui investissent réellement dans des pratiques durables, et qui subissent une concurrence déloyale de la part des premières[139].

90. Plusieurs affaires, notamment en Allemagne, ont illustré le risque de distorsion de concurrence résultant d'allégations environnementales non fondées.

91. Affaire DSD - L'Office fédéral des cartels allemand a forcé le démantèlement de DSD[140], qui était le seul système national de collecte et d'élimination des emballages.

DSD détenait une position quasi-monopolistique en raison d'une forte concentration de la demande sur le marché de l'élimination des emballages. DSD justifiait cette concentration en affirmant que cela permettait une meilleure gestion des déchets, en conformité avec la réglementation environnementale.

Cette allégation s'est avérée erronée car une étude, réalisée quelques années après le démantèlement, a démontré que l'ouverture du marché avait en fait favorisé l'innovation et

---

[135] M. Cousin, A. Marescaux, L. Mechri, et G. Melot, " Sustainability and Competition Law: A French Perspective", dans P. Këllezi, P. Kobel, B. Kilpatrick (ed.), *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*, Springer, 2024, p. 82.

[136] P. Kuipers, T. Beetstra et J. van Roosmalen, « A risk of 'greenwashing' by competition authorities? », *Kluwer Competition Law Blog*, 13 Septembre 2022.

[137] Le droit de la protection des consommateurs interdit l'utilisation envers le public d'informations incorrectes et mensongères ainsi que d'informations dont la présentation, même si ces informations sont vraies, trompent le consommateur ou peuvent le tromper. (Art. 6 de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, 11 juin 2005, L 149). Voy. également les Guidelines sur les Allégations environnementales du SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie.

[138] J. Nowag, « Sustainability and Competition Law: An International Report », dans P. Këllezi, P. Kobel, B. Kilpatrick (ed.), *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*, Springer, 2024.

[139] S. Holmes, « Cartels harming sustainability (and those that don't) in Europe » dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024, p. 347.

[140] Cette entreprise a également fait l'objet d'une décision de la Commission Européenne (COMP D3/34493) et d'un arrêt du Tribunal de l'Union Européenne (Tribunal de l'Union Européenne, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commission des Communautés européennes*, 24 mai 2007, T-151/01).

amélioré la qualité du recyclage. Cette affaire DSD montre que la concurrence a pu parfois être restreinte du fait d'allégations environnementales qui étaient nullement fondées[141].

92. Affaire GGA - A l'instar de l'affaire DSD, en 2007, l'Office fédéral des cartels allemand a pris des mesures contre une coopération entre fabricants allemands de verre d'emballage, réunis au sein de la *Gesellschaft für Glasrecycling und Abfallvermeidung* (GGA).

GGA organisait des achats conjoints de verre usagé issu des collectes ménagères. Les membres de GGA ont tenté de justifier cette entente en affirmant qu'elle était indispensable pour garantir un taux élevé de recyclage du verre.

L'Office fédéral des cartels a refusé cette justification et rappelé que « *les cartels anticoncurrentiels ne pouvaient pas être autorisés sous couvert de protection environnementale* »[142]. Il a également souligné que les consommateurs finaux risquant de ne pas bénéficier des gains éventuels issus de la vente de verres usagés, en raison de l'absence de concurrence[143]. La Haute Cour Régionale a confirmé la décision de l'Office fédéral des cartels.

93. Affaire *Agrardialog Milch* (2022) – Plus récemment, dans le cadre d'un avis, l'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*) allemand s'est montré très critique à l'égard de l'initiative dite *Agrardialog Milch*, un projet visant à soutenir financièrement les producteurs de lait cru dont les coûts dépassaient souvent le prix d'achat du lait.

Les promoteurs du projet *Agrardialog* soutenaient notamment que leur modèle de surtaxes pourrait jouer un rôle clé dans le financement de la transformation du secteur agricole domestique. Or, leur modèle ne prévoyait pas de critères spécifiques pour la production de lait cru qui prendraient en compte les aspects de durabilité. Le Président du *Bundeskartellamt* indiqua ainsi :

« *Le modèle de financement proposé par Agrardialog n'est pas acceptable au regard du droit de la concurrence. Il s'agit essentiellement d'un accord sur des surtaxes qui seraient répercutées tout au long de la chaîne d'approvisionnement, jusqu'au rayon lait. Les objectifs d'intérêt général, tels que la durabilité, sont des objectifs légitimes. Toutefois, l'intérêt économique visant à obtenir un niveau de revenu plus élevé ne peut en soi justifier l'exemption d'un tel accord aux règles du droit de la concurrence. La durabilité ne joue aucun rôle dans ce modèle de financement. Cependant, Agrardialog peut à tout moment nous présenter un concept de durabilité qui ne repose pas sur un accord tarifaire au détriment des consommateurs* »[144] [145].

94. Facteur aggravant ? - Certains experts en droit de la concurrence considèrent que le *greenwashing* avéré – lorsqu'il déguiserait une entente anticoncurrentielle sous la forme d'un accord de durabilité – devrait être qualifié de restriction de concurrence par objet et pris en compte, comme facteur aggravant, lors du calcul des amendes[146]. Si une telle approche était adoptée, elle renforcerait la répression des pratiques de *greenwashing* et réduirait la marge de manœuvre des entreprises cherchant à contourner les règles de concurrence sous couvert de durabilité.

---

[141] Bundeskartellamt, Bundeskartellamt examines whether DSD is compatible with competition law, 23 août 2002 ; Bundeskartellamt, Bundeskartellamt welcomes opening-up of DSD to more competition, 12 octobre 2004 ; Bundeskartellamt, Bundeskartellamt presents results of its sector inquiry into compliance schemes, 3 décembre 2012.

[142] Le Président de l'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt)* indique : « We will not allow anti-competitive cartel agreements to be made under the guise of environmental protection".

[143] Bundeskartellamt, Bundeskartellamt prohibits purchasing cartel in the container glass industry, 1 juin 2007.

[144] Traduction libre de : « The financing model proposed by Agrardialog is not acceptable under competition law. Essentially it is about agreeing on surcharges which will be passed along the supply chain right down to the milk shelf. Public interest objectives such as sustainability are legitimate aims. But the economic interest in a higher level of income per se cannot justify the exemption of such an agreement from competition law rules. Sustainability does not play a role in the financing model. However, Agrardialog can at any time present us with a sustainability concept which is not based on a price agreement to the disadvantage of consumers. »

[145] Bundeskartellamt, *Surcharges without improved sustainability in the milk sector: Bundeskartellamt points out limits of competition law*, 8 mars 2022, Bundeskartellamt - Homepage - Surcharges without improved sustainability in the milk sector: Bundeskartellamt points out limits of competition law

[146] ClientEarth et S. Holmes, « Revised draft Horizontal Guidelines on Sustainability Agreements. ClientEarth's and Simon Holmes' contribution the Commission's public consultation », Avril 2022, p. 3.

F. Brèves observations sur le régime des abus de position dominante et des abus de dépendance économique

95. Dispositions anti-abus - Le droit *européen* de la concurrence règle le droit des pratiques unilatérales à l'article 102 du TFUE. Le droit *belge* contient une disposition miroir (l'article IV.2 du CDE) et une disposition additionnelle (l'article IV.2.1 du CDE) qui interdit les abus de dépendance économique.

96. Interaction double - L'interaction de ces dispositions avec les objectifs de développement durable est envisagée de deux manières.

Tout d'abord, la poursuite des objectifs de durabilité pourrait aussi servir de justification à des pratiques unilatérales d'entreprises *a priori* contraires aux articles 102 TFUE/IV.2 CDE.

Ensuite, le contrôle du respect des interdictions relatives aux abus de position dominante et aux abus de dépendance économique pourrait contribuer à la réalisation des objectifs de durabilité en Belgique. Les grandes entreprises exercent, en effet, un impact environnemental et social proportionnel à leurs poids économique, productif et commercial. Leurs activités génèrent notamment des quantités importantes de gaz à effet de serre et affectent de façon significative les milieux naturels ainsi que les personnes qu'elles emploient. A ce titre, les grandes entreprises constituent un élément clé des réponses pouvant être apportées aux crises environnementales, sociales et climatiques. C'est pourquoi certains auteurs suggèrent d'adopter une approche plus rigoureuse, consistant à sanctionner plus sévèrement ces entreprises qui sont en position dominante lorsqu'elles enfreignent certaines normes environnementales[147]. Une partie de la doctrine spécialisée plaide pour une mobilisation plus offensive du droit de la concurrence, utilisé « comme une arme » (*as a sword*) afin de lutter contre le dérèglement climatique et de protéger l'environnement[148].

Les développements qui suivent dressent un état de la question de la relation entre le régime des abus de position dominante et la durabilité sous ces deux angles (*shield/sword*). Toutefois, la question de l'articulation entre les exigences de durabilité et les règles relatives aux abus de position dominante et de dépendance économique ne constitue pas l'objet principal de la présente étude. À ce titre, nous nous limitons à présenter les principales pistes de réflexion actuellement débattues dans la doctrine et la pratique. Il convient également de souligner que, contrairement aux accords de durabilité entre entreprises, la problématique de l'intégration des considérations de durabilité dans l'appréciation des abus a, jusqu'à présent, suscité un intérêt beaucoup plus limité de la part des autorités nationales et européennes, ainsi que des spécialistes du droit de la concurrence[149]. Enfin, étant donné que la question de la prise en compte des considérations environnementales en droit de la concurrence a principalement retenu l'attention dans la sphère

---

[147] Voir, par exemple, R. Inderst et S. Thomas, « Abuse of dominance and Sustainability », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 15, issue 1, pp. 48-56.

[148] Voir toutefois S. Holmes, « Climate Change, Sustainability, and Competition Law », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8, 2020 ; M. Iacovides et V. Mauboussin « Unilateral conduct and sustainability under EU competition law » dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024 ; M. C Iacovides and C. Vrettos, « Radical For Whom? Unsustainable Business Practices As Abuses Of Dominance » dans S. Holmes, D. Middelschulte and M. Snoep (eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences, 2021, pp. 99-101.

[149] Par exemple, la consultation publique '*Competition Policy supporting the Green Deal*', organisée par la Commission européenne en octobre 2020, ne contenait aucune mention du régime des abus de position de dominante. Aucune proposition n'a dès lors abordé cette problématique. Au sujet des raisons expliquant le peu d'attention portée à l'article 102 TFUE dans le cadre des discussions relatives à la relation entre concurrence et durabilité, voy. M. Iacovides et V. Mauboussin « Unilateral conduct and sustainability under EU competition law » dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024, p. 356. Les auteurs rappellent par exemple que les comportements non durables ne sont pas intrinsèquement liés aux entreprises dominantes ou de grande taille. C'est pourquoi, il ne serait pas toujours évident de comprendre en quoi, ni pourquoi, les considérations de durabilité entretiendraient un lien spécifique avec l'interdiction des abus de position dominante.

européenne, et que le champ des comportements unilatéraux en la matière demeure encore peu exploré, nous avons choisi d'adopter une perspective principalement européenne.

97. **Piqûres de rappel** - Il convient de rappeler, *premièrement*, qu'en matière d'abus de position dominante, l'article 3 du Règlement (CE) n° 1/2003 n'interdit pas aux États membres d'appliquer des règles nationales plus strictes que celles issues du droit de l'Union, y compris dans les cas où le commerce entre États membres est affecté et que l'article 102 TFUE trouve à s'appliquer. Cette marge d'appréciation a permis au législateur belge d'adopter une législation spécifique relative aux abus de dépendance économique, et elle autorise, le cas échéant, l'Autorité belge de la concurrence (ABC) ainsi que les cours et tribunaux belges à appliquer des standards juridiques plus stricts.

Deuxièmement, contrairement à l'article 101 TFUE, et notamment à son paragraphe 3, qui prévoit un régime d'exemption explicite, ni l'article 102 TFUE ni l'article IV.2 du CDE ne prévoient de dispositif formel d'exemption. La Communication sur l'article 102 TFUE précise toutefois qu'une entreprise en position dominante peut justifier son comportement en démontrant soit son caractère objectivement nécessaire, soit l'existence de gains d'efficience substantiels l'emportant sur les effets anticoncurrentiels pour les consommateurs[150]. La Commission considère ainsi qu'une entreprise dominante peut justifier des pratiques aboutissant à évincer les concurrents par des gains d'efficience d'une ampleur suffisante pour qu'il soit peu probable que les consommateurs en subissent un préjudice net.

1. *As a sword*

98. La première question qui émerge est celle de savoir si une atteinte à la durabilité, ou à une norme relevant du droit de l'environnement, peut constituer un critère autonome pour caractériser un abus[151] de position dominante[152], ou si une telle atteinte doit nécessairement être articulée à des critères plus traditionnels tels que les prix prédateurs, la limitation des quantités ou de la qualité des produits et services, ou encore la compression des marges[153].

La doctrine demeure divisée quant à cette question. Certains auteurs soutiennent que la durabilité devrait être considérée comme un paramètre autonome permettant d'établir l'existence d'un abus. Holmes et Meagher, par exemple, estiment que les pratiques commerciales non durables relèvent de cette qualification et soulignent que l'application de l'article 102 TFUE à de telles pratiques n'est, en réalité, qu'une question de volonté[154]. Ils relèvent également que ces pratiques peuvent souvent être qualifiées d'abus de nature « exploitative », une catégorie qui a historiquement échappé à une analyse approfondie et à des actions concrètes, la pratique décisionnelle ayant privilégié les abus d'éviction. Un renforcement de l'attention portée à la répression des abus exploitants pourrait ainsi permettre de saisir également les comportements économiques non

---

[150] Communication de la Commission, « 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 », 2009/C 45/02, 24 février 2009, points 28 et suivants.

[151] La CJUE définit la position dominante comme « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (Voy. par exemple, CJUE, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities, 14 février 1978, 27/76, § 65).

[152] Dans l'affaire Hoffmann-La Roche (1979), la CJUE a défini l'abus de position dominante comme « la notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (CJUE, Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission of the European Communities, 13 février 1979, C-85/76, § 91).

[153] M. Iacovides et V. Mauboussin « Unilateral conduct and sustainability under EU competition law » dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024, p. 360.

[154] S. Holmes and M. Meagher, « A Sustainable Future: How Can Control of Monopoly Power Play a Part? », *European Competition Law Review*, 2023/44, p. 24.

durables. Quant à Iacovides et Vrettos, ils avancent qu'un comportement non durable est susceptible de fausser les conditions de concurrence sur le marché car il affecte généralement les prix d'entrée, érige des barrières à l'entrée et à l'expansion des concurrents, et freine l'innovation[155].

D'autres, en revanche, estiment qu'il n'appartient pas, notamment à la Commission européenne ou aux autorités de concurrence, de mettre en balance les intérêts concurrentiels *stricto sensu* avec des intérêts d'ordre général tels que la durabilité. Selon cette position, le droit européen de la concurrence poursuit un objectif unique – la préservation du processus concurrentiel – et ne devrait, dès lors, intégrer des considérations extrinsèques à cet objectif[156]. Certains ajoutent que l'intégration de paramètres environnementaux risquerait de complexifier le droit de la concurrence, d'en alourdir les procédures, de retarder les décisions et de diminuer la sécurité juridique pour les entreprises[157].

99. À ce jour, aucune décision ni jurisprudence ne semble avoir condamné une entreprise exclusivement sur la base du fait que son abus de position dominante aurait eu un impact négatif sur la durabilité. Toutefois, des atteintes à des objectifs environnementaux ou climatiques ont pu être prises en compte comme facteurs aggravants ou éléments contextuels dans la qualification d'un abus.

Ainsi, en février 2024, la Commission européenne a adressé une communication des griefs à l'entreprise grecque PPC (Public Power Corporation), fournisseur d'électricité, pour avoir potentiellement abusé de sa position dominante en vendant de l'électricité sur le marché de gros à des prix inférieurs à ses coûts. Selon la Commission, cette stratégie aurait marginalisé les fournisseurs indépendants d'énergie, freinant le développement de sources d'énergie plus respectueuses de l'environnement. La Commission a considéré que ce comportement pouvait, à terme, entraîner des prix plus élevés pour les consommateurs, mais aussi contribuer à une augmentation des émissions de gaz à effet de serre et de la pollution[158].

L'Autorité italienne de la concurrence (**AGCM**) a également intégré des considérations de durabilité dans plusieurs affaires d'abus de position dominante. Dans l'affaire *Google / Enel X*, elle a infligé une amende de 100 millions d'euros à Google pour avoir refusé l'interopérabilité de son système Android – en situation de dominance – avec une application permettant aux conducteurs de véhicules électriques d'accéder à divers services de recharge. Pour apprécier la gravité de l'infraction, l'Autorité a expressément pris en compte « *l'effet potentiellement négatif sur la diffusion des voitures électriques, l'usage d'énergies propres et la transition vers une mobilité plus durable du point de vue environnemental* »[159].

Dans l'affaire *Corepla*, l'Autorité italienne a sanctionné à hauteur de 27 millions d'euros un consortium opérant dans la filière plastique, pour abus de position dominante sur le marché de la récupération et du recyclage des emballages plastiques alimentaires. Le fait que cette affaire concernait un secteur à forte dimension environnementale n'a nullement été considéré comme une circonstance atténuante, bien au contraire. L'Autorité a souligné que son intervention visait non seulement à garantir une concurrence effective, mais également à contribuer à la réalisation des objectifs environnementaux en matière de recyclage et de gestion des déchets, tels que définis par le droit italien et européen[160].

---

[155] M. C Iacovides and C. Vrettos, « Radical For Whom? Unsustainable Business Practices As Abuses Of Dominance » dans S. Holmes, D. Middelschulte and M. Snoep (eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences, 2021, pp. 99-101.

[156] E. Loozen, « Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability », *Common Market Law Review*, 2019, 1281.

[157] L. Peeperkorn, « Competition Policy Is Not a Stopgap! », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 417

[158] Commission européenne, Commission sends Statement of Objections to PPC over predatory pricing in the Greek wholesale electricity market, 7 février 2024.

[159] Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato, sanction of €27 million to Corepla for abuse of dominant position in the recovery of pet plastic packaging, 10 novembre 2020, AGCM - ICA: sanction of €27 million to Corepla for abuse of dominant position in the recovery of pet plastic packaging.

[160] *Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato*, Google fined over 100 million for abuse of dominant position, 13 mai 2021, AGCM - ICA: Google fined over 100 million for abuse of dominant position

Enfin, tout récemment, l'Autorité italienne de la concurrence a infligé une amende de 30,36 millions d'euros à Novamont S.p.A. pour abus de position dominante, ainsi qu'une amende solidaire de 1,7 million d'euros à sa société mère, ENI S.p.A., pour des pratiques s'étendant du 1er janvier 2018 au 31 décembre 2023[161]. Novamont est active sur les marchés italiens des matières premières bioplastiques (*bio-compounds*) utilisées pour la fabrication de sacs de caisse et de sacs très légers (notamment pour les fruits et légumes). Ce secteur est jugé stratégique pour la réduction de l'impact environnemental des déchets plastiques. La législation italienne, transposant la directive européenne 2015/720, impose d'ailleurs que tous les sacs soient biodégradables et compostables, avec une teneur minimale de 60 % de matières premières renouvelables pour les sacs très légers. L'Autorité a constaté que Novamont, grâce à son produit conforme aux normes baptisé Mater-Bi, avait acquis une position dominante sur les deux marchés concernés (plus de 50 % de parts pour les sacs de caisse, plus de 70 % pour les sacs très légers). L'infraction réside dans la mise en place par Novamont d'un système contractuel à deux niveaux comportant des clauses d'exclusivité :

- Au niveau des transformateurs (fabricants de sacs) : ceux-ci ne pouvaient s'approvisionner qu'en Mater-Bi, empêchant ainsi l'accès au marché pour les concurrents de Novamont (ces transformateurs représentaient environ 52 % de la demande nationale de bio-compounds pour sacs de caisse, et 70 % pour les sacs très légers).
- Au niveau de la grande distribution : les distributeurs étaient tenus d'acheter exclusivement des sacs Mater-Bi auprès de transformateurs partenaires de Novamont. Ces distributeurs représentaient jusqu'à 44 % de la demande nationale pour ces sacs, et jusqu'à 51 % du chiffre d'affaires des transformateurs affiliés.

Ce mécanisme circulaire d'exclusivité renforçait mutuellement les incitations à la fidélisation entre transformateurs et distributeurs, créant un effet d'éviction durable pour les concurrents de Novamont, qui ne pouvaient plus accéder efficacement au marché. L'Autorité souligne dans sa décision que cette restriction nuit non seulement à la concurrence, mais entrave également le développement d'alternatives plus durables à Mater-Bi. Or, selon l'Autorité, un marché réellement concurrentiel dans le secteur des bioplastiques est essentiel à la réalisation des objectifs environnementaux fixés au niveau européen et national, en stimulant l'émergence de solutions plus efficaces, de meilleure qualité ou moins coûteuses.

2. *As a shield*

100. La question se pose de savoir si un comportement durable peut être invoqué pour écarter l'application de l'article 102 TFUE. Sur la base des lignes directrices sur l'application de l'article 102 TFUE, une entreprise en position dominante peut se prévaloir de justifications objectives pour se défendre. Même en présence d'une présomption d'abus de position dominante, les autorités de concurrence peuvent estimer qu'un comportement est justifié s'il contribue à améliorer le bien-être des consommateurs.

Deux catégories de justifications objectives sont reconnues :

- La nécessité objective : elle peut couvrir des comportements proportionnés et nécessaires poursuivant un objectif d'intérêt général, tel que la santé publique ou la sécurité.
- Les gains d'efficience : ils peuvent être invoqués si le comportement :
  - génère des améliorations concrètes (techniques, économiques, environnementales, etc.) ;
  - est indispensable à la réalisation de ces gains ;
  - produit des effets positifs pour les consommateurs supérieurs aux effets négatifs sur la concurrence ;
  - ne supprime pas la concurrence effective sur le marché concerné.

La charge de la preuve incombe entièrement à l'entreprise dominante, qui doit produire des éléments tangibles démontrant que son comportement est à la fois justifié et bénéfique pour les consommateurs.

---

[161] *Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato*, 24 juin 2025, https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2025/6/A573-

En pratique, ces justifications sont rarement acceptées par la Commission, ce qui alimente l'idée qu'elles relèvent davantage du mythe que d'une réalité décisionnelle[162]. Certaines autorités nationales de concurrence ou juridictions nationales ont, par contre, admis de telles justifications[163].

Étant donné toutefois la rareté de la pratique décisionnelle en la matière, nous présentons ci-dessous plusieurs exemples de comportements individuels - par ailleurs susceptibles d'être qualifiés d'abusifs - qui pourraient être justifiés en raison de leurs bénéfices environnementaux potentiels. En fonction des objectifs poursuivis, ces comportements sont généralement classés en trois catégories, parfois étroitement liées entre elles et poursuivant en partie les mêmes finalités :

- Couvrir les coûts liés aux investissements et au financement environnemental ;
- Accroître la consommation de produits durables ;
- Désavantager les entreprises non durables[164].

101. Conclusion intermédiaire de ces observations spécifiques relatives au régime des abus – Jusqu'à présent, l'article 102 TFUE est largement resté en marge des discussions menées par la Commission sur la « *verdisation* » du droit de la concurrence de l'Union. Alors même que plusieurs autorités nationales ont entamé des expérimentations en matière de durabilité, rares sont celles qui y ont intégré les abus de position dominante - à l'exception notable de l'autorité grecque. Pourtant, les liens entre concentration de pouvoir économique et comportements non durables sont significatifs et justifient une attention accrue.

Afin de garantir la cohérence du droit de la concurrence avec les objectifs du Pacte vert européen, il apparaît nécessaire d'intégrer les considérations environnementales dans l'application de l'article 102 TFUE/IV.2 CDE, tant en tant que bouclier (sous la forme de justifications objectives) qu'en tant qu'épée (pour sanctionner les comportements d'entreprises dominantes non durables). Une révision des Lignes directrices de la Commission dans ce sens - notamment par l'intégration explicite de la protection de l'environnement parmi les motifs de nécessité objective - constituerait un premier pas prometteur. Au niveau belge, le SPF Economie et/ou l'ABC pourrait éventuellement jouer un rôle pionnier en publiant une note de politique, une communication thématique, voire des lignes directrices sur la prise en compte des enjeux de durabilité dans l'analyse des abus de position dominante et de dépendance économique[165]. Une telle initiative offrirait un cadre de sécurité juridique et encouragerait les entreprises en position dominante à adopter des stratégies compatibles avec les objectifs climatiques.

Partie II. *Benchmarking* des initiatives nationales

102. La présente partie de l'étude vise à présenter les mesures adoptées et les développements intervenus dans huit États membres de l'UE (les Pays-Bas – qui sont les pionniers en la matière -, la Grèce, la France, le Portugal, l'Autriche, l'Italie et l'Allemagne) ainsi qu'au Royaume-Uni en ce qui concerne la prise en compte par les règles de concurrence des accords de durabilité entre entreprises.

---

[162] Voy. par exemple, à ce sujet V. Brisimi, *The Interface between Competition and the Internal Market*, Hart Publishing, 2016, p. 129 et s.

Dans certains cas, les juridictions européennes et la Commission ont cependant admis des justifications de nature non-économique, notamment dans des secteurs liés au recyclage ou à la prestation de services d'intérêt économique général (SIEG). La décision la plus commentée est celle qui a été adoptée par la Commission dans le cadre de l'affaire « DSD » (COMP D3/34493 (2001)).

[163] Voy. par exemple à ce sujet la décision rendue par l'Autorité française de la concurrence (AFC) dans l'affaire *Société nationale des chemins de fer français (SNCF)* en 2012 (12-D-25) ainsi que la décision de la Cour d'appel de Paris (n° 2013/01128) (2014), ou encore (*contra*) le jugement de la *Swedish Patent and Market Court*, *Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB (FTI)* (aff. PMÄ 2741-18) (2019).

[164] M. Iacovides et V. Mauboussin "Unilateral conduct and sustainability under EU competition law" dans J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*, Edward Elgar, 2024, pp. 361-372.

[165] Il faut néanmoins reconnaître que, compte tenu (i) du caractère limité de la pratique décisionnelle en la matière, (ii) du caractère intrinsèquement casuistique de l'appréciation des abus de position dominante et (iii) de l'absence actuelle de lignes directrices, même générales, dans ce domaine, l'élaboration d'un tel document constituerait un exercice complexe.

Une attention particulière est portée sur ce qui distingue les mesures adoptées au niveau national de la position de la Commission européenne présentée ci-avant.

A. Pays-Bas – *Guidelines* et décisions individuelles

103. Évolution - Après avoir rendu deux avis négatifs par rapport à des projets liés au développement durable[166], qui avaient été assez mal accueillis par la société civile néerlandaise[167], l'ACM a progressivement fait évoluer sa politique à l'égard des accords de durabilité entre entreprises.

104. Projets de *guidelines* - En 2020 puis 2021, l'ACM a successivement publié deux projets de *guidelines* qui proposaient une approche plus favorable à l'égard des accords de durabilité entre entreprises[168]. En 2021, l'ACM a également publié un *Legal Memo* intitulé « What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context? ».

105. *Policy Rule* - Pour des raisons d'uniformité et de sécurité juridique, l'ACM a par la suite décidé de suivre les orientations prises par la Commission dans les Lignes directrices de 2023. Dans sa *Policy Rule* intitulée « Oversight of sustainability agreements » d'octobre 2023[169], l'ACM déclare ainsi :

- que les *drafts guidelines* de 2020 et 2021 sont remplacées par la *Policy Rule* ; et
- qu'elle entend évaluer les accords de durabilité conformément aux Lignes directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale et à son chapitre 9 sur les accords de durabilité.

Tel qu'il sera exposé ci-après, l'ACM s'écarte toutefois à certains égards des Lignes directrices de 2023.

106. Les développements qui suivent portent à la fois sur le projet de *guidelines* et le *Legal memo* de 2021[170] (**1**), la position actuelle de l'autorité néerlandaise (**2**), la politique de « porte ouverte » de l'ACM (**3**) et sur quelques décisions récentes rendues par l'ACM (**4**).

1. Projets de *guidelines* et *Legal memo* (2021)

107. Définition large - Dans le projet de *guidelines* de 2021, l'ACM adoptait une définition large des accords de durabilité entre entreprises. La notion couvrait tous les accords entre entreprises

---

[166] ACM, « Analysis of the Planned Agreement on Closing Down Coal Power Plants from the 1980s as part of the Social Council of the Netherlands » (26 septembre 2013) et « Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the 'Chicken of Tomorrow' » (16 janvier 2015).

[167] En 2019, une proposition de loi a même été déposée afin d'autoriser le Ministre des Affaires Economiques à autoriser certains projets durables par arrêté royal et/ou à effectuer un contrôle sur les décisions de l'ACM liées à des projets de durabilité. (https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35247-2.html) . For a comment, see M. van de Sanden et H. Butt, « Competition law and sustainability initiatives : Dutch bill provides leeway », *Kluwer Competition Law Blog*, 23 septembre 2019, accessible à l'adresse suivante : https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/09/23/competition-law-and-sustainability-initiatives-dutch-bill-provides-more-leeway/

Le Conseil d'Etat des Pays-Bas a rendu un avis négatif quant à la proposition de loi dans lequel il insiste notamment sur le fait que la clarification proposée quant à l'application des règles de concurrence aux accords de durabilité devait plutôt intervenir au niveau européen.

[168] ACM, « First Draft Guidelines on Sustainability Agreements », juillet 2020 ; « Second Draft Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities Within Competition Law », janvier 2021. Après le projet de *guidelines* de 2020, l'ACM a réalisé une consultation publique et ensuite publié un second projet de *guidelines* début 2021.

[169] ACM, « Oversight of sustainability agreements – Competition and sustainability », Octobre 2023.

[170] Bien que ces projets de *guidelines* aient été officiellement remplacés, leur contenu présente un intérêt particulier dans la mesure où ils témoignent d'une interprétation innovante et particulièrement progressiste des règles relatives aux ententes, notamment en ce qui concerne la reconnaissance des bénéfices collectifs liés à la durabilité dans l'appréciation des gains d'efficience et du partage équitable de ces gains. Leur examen détaillé permet ainsi d'enrichir la réflexion doctrinale sur les marges d'interprétation ouvertes par le droit de la concurrence en matière de durabilité.

visant à identifier, prévenir, limiter ou minimiser l'impact négatif des activités économiques sur les personnes (en ce compris leurs conditions de travail), les animaux, l'environnement ou la nature[171].

108. Accords non restrictifs de concurrence (« *allowed sustainabilitity agreements* ») - Cinq catégories d'accords étaient présentés par l'ACM comme n'impliquant pas de restriction de la concurrence :

- les accords de durabilité non contraignants pour les entreprises prises individuellement[172] ;
- les codes de conduite encourageant certaines pratiques respectueuses de l'environnement, du climat ou socialement responsables[173] ;
- les accords visant à améliorer la qualité des produits tout en cessant simultanément la vente de certains produits ou de produits fabriqués de manière moins durable, dès lors qu'ils n'affectent ni le prix ni la diversité des produits[174] ;
- les projets de création de nouveaux produits par l'innovation nécessitant des initiatives conjointes pour acquérir les moyens de production suffisants ou atteindre une échelle de production adéquate[175] ;
- les accords ayant pour seul objectif de garantir que les entreprises concernées, leurs fournisseurs et/ou leurs distributeurs respectent les normes nationales ou internationales applicables.

Selon l'ACM, la cinquième et dernière catégorie d'accord revêt une importance particulière pour les entreprises car nombre d'entre elles rencontrent des difficultés à vérifier si leurs partenaires commerciaux respectent les règles en vigueur. Par le biais de conventions, elles peuvent mettre en place les mécanismes nécessaires pour permettre de tels contrôles. Il est cependant important que ces conventions n'imposent pas de restrictions à la concurrence qui ne seraient pas nécessaires. Les entreprises doivent notamment faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de communiquer ou de publier des informations susceptibles d'être sensibles du point de vue concurrentiel. L'ACM fournissait l'exemple suivant :

« *Un groupe de transformateurs de bois, représentant ensemble 90 % du marché néerlandais, conclut un accord dans le cadre d'un covenant signé avec le gouvernement néerlandais. L'objectif est de prévenir les atteintes à l'environnement et les violations des droits humains dans la chaîne de production, notamment en Asie, en Amérique latine et en Afrique, en respectant les normes en vigueur dans les pays producteurs.*

Les engagements pris incluent :

- l'approvisionnement uniquement dans des régions préalablement approuvées, figurant sur une « liste verte » gérée par les entreprises participantes ;
- la publication des fournisseurs et régions d'approvisionnement ;
- un investissement collectif équivalant à 1,5 % du chiffre d'affaires dans un fonds destiné à faire respecter l'accord ;
- l'apposition d'un label uniforme sur les produits durables ;

---

[171] « ACM therefore means by sustainability agreements any agreements between undertakings, as well as any decisions of associations of undertakings, that are aimed at the identification, prevention, restriction or mitigation of the negative impact of economic activities on people (including their working conditions), animals, the environment, or nature » (§ 17).

[172] Il s'agit, par exemple, d'engagements collectifs, d'ambitions ou d'objectifs sectoriels en matière de durabilité, tels que la réduction des émissions de CO2, dans le cadre desquels chaque entreprise détermine librement sa contribution et les moyens qu'elle souhaite mettre en œuvre pour y parvenir.

[173] L'ACM précisait : « S'agissant de ces codes, les conditions de participation doivent être transparentes, et l'accès doit être accordé selon des critères raisonnables et non discriminatoires. Il doit également rester possible de recourir à des normes ou labels alternatifs équivalents, ainsi que de commercialiser des produits qui n'entrent pas dans le champ de ces codes » (traduction libre).

[174] Par exemple, les accords qui visent une utilisation plus efficiente des matériaux d'emballage ou la suppression de certains types d'emballages.

[175] L'ACM précisait : « Parfois, de telles actions conjointes (éventuellement à titre exclusif) ne sont strictement nécessaires que pendant la phase de démarrage. Dans ce cas, les collaborations de plus longue durée doivent néanmoins être analysées à la lumière du paragraphe 3 de l'interdiction des ententes » (traduction libre).

- l'ajout d'un surcoût fixe au prix de vente pour couvrir les coûts supplémentaires.

Les accords sont considérés comme strictement nécessaires à la réalisation de l'objectif (la mise en conformité avec législations nationales) et donc ne tombent pas sous l'interdiction des ententes. Cela inclut la création de la « liste verte » et du fonds collectif.

En revanche, la publication des fournisseurs individuels n'est pas jugée nécessaire et soulève des risques de partage d'informations sensibles entre concurrents. Il est toutefois permis de transmettre ces informations à une entité centrale chargée du contrôle. L'imposition d'un surcoût fixe est également jugée excessive, chaque entreprise pouvant décider librement de répercuter ou non ses coûts. À l'inverse, l'utilisation d'un label commun (point 4) est admise car elle renforce la transparence pour les acheteurs et peut favoriser la concurrence ».

109. Accords exemptés – Dès 2021, l'ACM s'est également penchée sur la question de l'applicabilité de l'exemption prévue à l'article 101, § 3, TFUE (et à la disposition équivalente en droit néerlandais), ainsi que sur les quatre conditions qui en déterminent la mise en œuvre.

Le projet de *guidelines* précisait d'abord la manière dont l'ACM entendait interpréter la notion de gains d'efficience dans le cadre des accords de durabilité susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence. Il soulignait que les accords de durabilité pouvaient générer des bénéfices tant pour les utilisateurs que pour la société dans son ensemble, notamment par la réduction des externalités négatives liées à la production ou la consommation.

L'ACM recommandait une approche en plusieurs étapes pour décrire les avantages d'un accord de durabilité. La première étape consistait à identifier et à décrire aussi concrètement que possible les bénéfices en matière de durabilité — par exemple, en précisant quelles émissions nocives seraient réduites. Il s'agissait ensuite d'évaluer dans quelle mesure ces bénéfices pouvaient être effectivement attendus, en indiquant, par exemple, l'ampleur de la réduction envisagée et l'horizon temporel concerné. L'ACM annonçait explicitement qu'elle tiendrait compte des bénéfices à long terme, ceux-ci étant caractéristiques de nombreux accords de durabilité.

Elle reconnaissait également que certains avantages, notamment ceux liés à l'innovation ou au bien-être animal, sont plus difficiles à quantifier. Dans ces cas, la description devait porter principalement sur l'identification, aussi précise que possible, de la nature des bénéfices attendus, même de manière qualitative.

Le niveau de détail exigé dans l'analyse des bénéfices (quantification, probabilité, précision) dépendait, selon l'ACM, du type de mise en balance à opérer entre les avantages de l'accord et ses effets restrictifs sur la concurrence, et notamment de la possibilité de conduire cette évaluation de manière qualitative ou si une approche plus quantitative s'avérait nécessaire.

110. Répercussion sur les consommateurs – Il est important de souligner l'approche particulièrement « progressiste » ou « innovante » de l'ACM dans son projet de *guidelines* de 2021 quant à la condition de répercussion des avantages sur les consommateurs.

Alors que la Commission, dans ses Lignes directrices de 2023, requiert que le groupe des consommateurs subissant les effets négatifs de l'accord se superpose de façon substantielle, ou du moins fasse partie, du groupe qui bénéficie de l'accord (cf. *supra*), le projet de *guidelines* de l'ACM déviait de cette interprétation pour certaines catégories d'accords de durabilité, à savoir ceux portant sur une réduction des externalités environnementales et contribuant à mettre en œuvre une norme de performance nationale ou internationale non obligatoire ou réaliser un objectif politique concret.

111. *Environmental-damages agreements* - Dans son projet de *guidelines* de 2021, l'ACM distingue les *environmental-damages agreements* - c'est-à-dire les accords qui portaient sur la réduction des externalités négatives pour l'environnement - des autres types d'accords de durabilité.

Elle indique à cet égard :

« *If undertakings, by working together, reduce environmental damage, they thus generate an efficiency gain. That gain will not only be reaped by the users of the products in question, but also by society as a*

whole. ACM believes that, with regard to such collaborations, a different interpretation than usual can be used for the requirement that the users are allowed a fair share of the benefits of an agreement »[176].

S'agissant des *environmental-damages agreements*, l'ACM estime qu'il devrait être possible, y compris dans le cadre d'une analyse au regard de l'article 101, § 3, TFUE, de tenir compte des avantages qui bénéficient à d'autres personnes que les seuls utilisateurs directs. Dans de telles situations, il peut être considéré comme équitable que les utilisateurs ne soient pas intégralement compensés pour le préjudice causé par l'accord, dès lors que leur propre demande pour les produits concernés est à l'origine du problème environnemental que la société cherche précisément à résoudre. En outre, ces utilisateurs bénéficient, comme le reste de la population, des effets positifs générés par l'accord.

La condition de répercussion des avantages sur les consommateurs est donc interprétée de manière particulièrement souple par l'ACM dans ce cadre. D'une part, elle admet que les bénéfices générés peuvent profiter à l'ensemble de la société, et pas uniquement aux consommateurs du produit concerné ; d'autre part, elle considère que ces bénéfices ne doivent pas nécessairement compenser intégralement le préjudice concurrentiel, dans la mesure où les consommateurs sont eux-mêmes, par leur demande de produits non durables, « partie du problème ».

Il est vrai que les externalités négatives générées par cette demande ne sont généralement pas internalisées dans le prix payé par les consommateurs. Dès lors, selon l'ACM, il peut être acceptable qu'une éventuelle augmentation de prix ou une réduction de choix résultant de l'accord ne soit pas entièrement compensée, dès lors qu'un bénéfice sociétal plus large peut être démontré.

Cette position – consistant à ne pas exiger une compensation intégrale – repose sur le principe du pollueur-payeur issu du droit de l'environnement. En s'écartant ainsi de la position plus stricte de la Commission européenne, l'ACM suggère que les consommateurs peuvent, dans une certaine mesure, être tenus pour responsables des dommages environnementaux que l'accord vise à prévenir.[177]

Dans cette logique, l'ACM adopte également une approche moins stricte à l'égard des *out-of-market benefits* : elle ne requiert, pour les bénéfices générés en dehors des Pays-Bas, qu'une démonstration de leur impact positif sur les consommateurs néerlandais. Contrairement à la Commission européenne et à ses Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, elle n'impose pas l'existence d'un chevauchement substantiel entre les consommateurs affectés par la restriction de concurrence et les bénéficiaires des avantages situés hors du marché concerné.

En revanche, pour les autres types d'accords de durabilité, l'ACM considère que l'exigence de compensation intégrale du préjudice subi par les consommateurs doit continuer à s'appliquer. Cela signifie, par exemple, que si de tels autres accords de durabilité conduisent à une amélioration de la qualité de la production, mais entraînent également une augmentation des prix, les utilisateurs (en tant que groupe) devront accorder une valeur suffisante à ces améliorations de qualité pour compenser la hausse de prix.

112. Mise en balance et quantification - L'ACM reconnaît que la mise en balance entre les effets restrictifs d'un accord et les avantages qu'il génère peut s'avérer complexe, notamment lorsque certains de ces avantages ne sont pas quantifiables. C'est pourquoi son projet de *guidelines* identifie des situations dans lesquelles une quantification précise des effets n'est pas requise. Il en va ainsi lorsque :

- les entreprises concernées détiennent une part de marché cumulée limitée ;
- le préjudice concurrentiel est manifestement, sur la base d'une estimation sommaire, inférieur aux bénéfices générés par l'accord.

Selon l'ACM, dans le cadre des évaluations quantitatives au titre de l'article 101, § 3, TFUE, les avantages et les inconvénients des initiatives de durabilité doivent être identifiés avec la plus grande précision possible et exprimés en termes monétaires. Les accords de durabilité peuvent entraîner des coûts supplémentaires de différentes manières : les coûts de production peuvent

---

[176] § 8.

[177] Voy. également en ce sens, H. Gornall, A. Bartlomiejczyk et S. Aujla, « Oversight of Sustainability Agreements in the Netherlands: New Policy Rule Issued by the ACM », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 24, n° 1, Janvier 2024, pp. 33-40.

augmenter en raison de l'utilisation de matières premières ou de méthodes de fabrication plus onéreuses, ce qui peut se traduire par une hausse des prix. Un accord peut également réduire le choix des consommateurs, par exemple lorsque des variantes de produits moins chères mais plus polluantes ne sont plus commercialisées. Dans les évaluations quantitatives, de tels inconvénients sont exprimés aussi précisément que possible sous forme d'effets sur les prix.

Les bénéfices des *environmental-damage agreements* sont exprimés en termes monétaires à l'aide de ce que l'on appelle des prix environnementaux (*environmental prices*). Ces prix correspondent à la valeur que la société attribue aux nuisances causées notamment par les émissions polluantes et les gaz à effet de serre. On parle aussi de « prix fictifs » (*shadow prices*), car ils ne reflètent pas des prix de marché. Pour déterminer les prix environnementaux à utiliser, les lignes directrices applicables aux administrations dans le cadre des analyses coûts-bénéfices sociales (*social cost-benefit analyses*, SCBA) peuvent servir de référence.

Lorsque le prix environnemental est fixé en fonction de la réalisation d'un objectif politique concret, on parle de prix basé sur les coûts de prévention (*prevention cost-based environmental price*). En revanche, lorsqu'il est directement fondé sur les dommages causés à l'environnement ou à la santé humaine par une activité de production ou de consommation, il s'agit d'un prix basé sur les coûts des dommages (*damage cost-based environmental price*).

L'ACM fournit notamment l'exemple de cinq producteurs d'un produit semi-fini majoritairement vendu aux Pays-Bas, qui se seraient engagés à rendre leurs procédés de fabrication entièrement neutres en carbone dans un délai de cinq ans, sans être soumis au système européen d'échange de quotas d'émission (ETS). Après concertation avec l'ACM, une évaluation quantitative est réalisée sur dix ans, prenant en compte une hausse estimée de 7 % des prix ainsi que les bénéfices environnementaux liés à la réduction des émissions de CO_2. Ces bénéfices sont valorisés à l'aide de prix environnementaux fondés sur les coûts de prévention, eux-mêmes liés aux objectifs politiques de réduction des émissions découlant de l'Accord de Paris. Bien que seuls 30 % de la population néerlandaise soient directement affectés en tant qu'acheteurs finaux, l'ACM considère, au regard de l'ensemble des bénéfices sociétaux, que l'accord satisfait au critère de répercussion équitable des avantages sur les consommateurs au sens de l'article 101, § 3, TFUE.

L'ACM souligne le fait que l'exemple illustre les effets de l'application d'une dérogation au principe de compensation intégrale des utilisateurs dans le cadre d'un accord visant à prévenir un dommage environnemental. En recourant aux prix environnementaux, il devient possible d'attribuer une valeur à la contribution de l'initiative à l'objectif de durabilité correspondant à un objectif politique concret. L'ensemble de la société bénéficie des gains en durabilité générés, indépendamment du fait d'être ou non consommateur du produit concerné. Ces bénéfices globaux pour la société néerlandaise sont alors pris en compte dans l'évaluation coûts-avantages réalisée au titre de l'article 101, § 3, TFUE[178].

113. Auto-évaluation et conseils de l'ACM - Enfin, l'ACM encourageait les entreprises à solliciter, dès les premières étapes de leur élaboration de leurs accords de durabilité, des conseils quant à l'application des règles de concurrence. Elle accordait une immunité pour tout accord ayant été préalablement discuté de bonne foi avec l'ACM, ou ayant été publié et conclu dans la croyance sincère qu'il était conforme au projet de *guidelines*. Entre 2021 et 2023, l'ACM a ainsi pu offrir une sécurité juridique appréciable et encourager les entreprises engagées dans des projets de développement durable[179].

A plusieurs reprises, elle a activement facilité et publiquement soutenu des accords qu'elle considérait comme non anticoncurrentiels. Tel fut le cas, par exemple, d'un accord entre fournisseurs de boissons non-alcoolisées visant à supprimer les poignées en plastiques des

---

[178] L'ACM (§ 61) note toutefois que les *prix environnementaux* ne peuvent souvent pas être utilisés dans le cas des autres accords de durabilité. Une alternative consiste à déterminer de manière plus directe la valeur que l'on peut attribuer aux améliorations résultant de l'accord. Il s'agit alors, indique l'ACM, d'évaluer la valeur que les utilisateurs accordent à un produit ou à une caractéristique particulière de celui-ci, telle qu'une amélioration en matière de respect de l'environnement, du bien-être animal ou des droits humains. Diverses méthodes peuvent être mobilisées pour estimer cette valeur, entendue comme la disposition à payer (*willingness to pay*) des utilisateurs.

[179] Voy. également en ce sens J. Nowag et W. Sauter, « Climate change and the energy transition : what role for Article 101 (3) TFUE ? », *op. cit*., p. 168.

emballages multi-packs de sodas et d'eau[180]. L'ACM a considéré que l'accord contribuait à atteindre des objectifs de durabilité, sans avoir des effets négatifs pour les consommateurs. Dans son analyse, elle s'est fondée sur son projet de lignes directrices relatives aux accords de durabilité. Un autre exemple intéressant est l'approbation d'une initiative portée par des centres de jardinage en vue de boycotter des fournisseurs utilisant des pesticides illégaux. L'ACM a estimé que cette initiative ne portait pas atteinte à la concurrence dès lors qu'elle visait à éliminer une concurrence fondée sur des pratiques illicites dans le secteur néerlandais de l'horticulture florale[181]. Autrement dit, une forme de concurrence inférieure aux standards légaux qui ne méritait pas, selon elle, d'être protégée. Elle a également souligné que ce type d'accord devait rester ouvert et transparent, et que toute exclusion de fournisseurs devait être décidée avec précaution. Sur la base des informations reçues, ces conditions semblaient bien remplies, ce qui l'a conduite à ne pas considérer l'accord comme anticoncurrentiel. L'ACM n'a donc pas jugé nécessaire d'examiner si l'accord constituait une restriction accessoire injustifiée, ni si les bénéfices de l'initiative compensaient d'éventuels effets restrictifs. Enfin, en juin 2022, l'ACM a considéré qu'une initiative conjointe de TotalEnergies et Shell pour des installations de stockage de carbone en mer du Nord constituait une restriction de concurrence, mais a néanmoins autorisé cette collaboration, estimant que celle-ci était nécessaire pour concrétiser le projet et contribuer à atteindre les objectifs climatiques. En effet, en permettant de transporter le CO_2 par pipeline et de le stocker sous terre plutôt que de le relâcher dans l'atmosphère, l'initiative contribue directement à la lutte contre le changement climatique. Les avantages durables pour les clients des parties et pour la société dans son ensemble ont été jugés supérieurs aux effets anticoncurrentiels identifiés, considérés comme limités[182].

2. « Policy Rule » (2023)

114. A la suite de l'adoption par la Commission européenne du chapitre 9 des Lignes directrices entièrement dédié aux accords de durabilité, l'ACM a remplacé son projet de *guidelines* de 2021 par une *Policy Rule*[183] qui est désormais censée fournir un aperçu de l'application des règles de concurrence aux accords de durabilité et de la manière dont l'ACM entend exercer son contrôle dans ce domaine.

L'ACM indique qu'elle entend discuter de ses choix de politique (« *discuss the policy choices* ») en ce qui concerne deux types d'accords :

- ceux qui visent à assurer la conformité avec des exigences réglementaires suffisamment précises ou des interdictions ; ainsi que
- les environmental-damage agreements discutés ci-avant.

115. En ce qui concerne les premiers, l'ACM précise d'abord que, conformément aux Lignes directrices de la Commission, elle ne poursuivra pas les accords qui visent à assurer la mise en conformité avec des exigences figurant dans des traités internationaux – que ceux-ci aient été ou non transposés en droit interne. L'ACM ajoute également qu'elle ne poursuivra, en principe, pas non plus les accords poursuivant l'objectif de respecter des exigences ou interdictions obligatoires en droit interne ou en droit européen. Pour justifier sa position – qui va au-delà de ce qui est indiqué dans les Lignes directrices de 2023 - l'ACM stipule :

« *This is because ACM does not consider it expedient to protect illicit competition, i.e. competition that would not have existed if binding sustainability rules had been complied with* ».

L'ACM se réserve donc le droit de refuser de poursuivre certaines pratiques durables d'entreprises, même si la Commission ne les autorise pas explicitement dans ses Lignes directrices, à savoir les

---

[180] Communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/acm-favorable-joint-agreement-between-soft-drink-suppliers-about-discontinuation-plastic-handles

[181] Communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/letter-response-sustainability-initiative-about-reduction-illegal-pesticides-garden-retail-sector

[182] Voy. la décision accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/acm-shell-and-totalenergies-can-collaborate-storage-co2-empty-north-sea-gas-fields

183 ACM, « Oversight of sustainability agreements – Competition and sustainability », Octobre 2023.

accords de durabilité qui visent à se conformer à une norme de durabilité contraignante, que celle-ci soit internationale, européenne ou nationale[184].

116. L'ACM ne poursuivra en principe pas non plus les *environmental-damage agreements* dans l'hypothèse où (i) l'investigation initiale révèle qu'il est plausible que l'accord est nécessaire à l'atteinte de l'objectif environnemental poursuivi, (ii) les bénéfices pour l'environnement compensent suffisamment le préjudice résultant de la restriction de concurrence, (iii) les consommateurs perçoivent une part significative et objective des bénéfices générés par l'accord en question et (iv) un certain niveau de concurrence demeure.

117. On voit donc que l'ACM, en tant qu'autorité nationale indépendante, s'écarte à certains égards des orientations données par la Commission européenne. Comparée aux Lignes directrices de la Commission, la *Policy Rule* de l'ACM offre plus d'espace et de sécurité aux entreprises qui décident de conclure certains types spécifiques d'accords de durabilité.

L'ACM ne contredit pas directement ou explicitement les Lignes directrices de la Commission dans sa *Policy Rule* mais elle exprime par contre qu'elle n'entend pas poursuivre des pratiques de coopération qui ne sont pourtant pas nécessairement considérées comme autorisées ou légales par la Commission[185].

3. « Open door policy »

118. Dans sa *Policy Rule*, l'ACM rappelle que les entreprises qui éprouvent des difficultés à auto-évaluer la conformité de leurs accords de durabilité peuvent solliciter l'avis informel de l'ACM[186].

L'ACM précise explicitement que s'il est établi que l'accord examiné poursuit un objectif de mise en conformité avec des exigences légales ou réglementaires ou s'il s'agit d'un *environmental-damage agreement*, l'avis informel de l'ACM pourrait fournir une conclusion préliminaire selon laquelle d'autres investigations n'auront pas lieu.

4. Décisions individuelles rendues

119. Depuis l'adoption des premières *guidelines* en 2020, l'ACM a rendu une série de décisions individuelles qui peuvent être consultées sur son internet.

120. En 2023, l'ACM a autorisé une coopération entre collecteurs de déchets commerciaux visant à promouvoir le recyclage, suite à une demande de la *Dutch Waste Management Association*[187]. Plusieurs collecteurs concurrents souhaitaient proposer systématiquement à leurs nouveaux clients professionnels un contrat incluant au moins deux flux de déchets triés (par exemple : déchets résiduels et organiques ou papier/carton), pour les entreprises générant au moins 240 litres de déchets par semaine. Cette initiative soutenait l'obligation légale de tri des déchets applicable à la majorité des entreprises, tout en les incitant davantage à adopter une

---

[184] Dans ses Lignes directrices de 2023, la Commission ne vise quant à elle que les normes internationales contraignantes (et non les normes européennes et nationales).

[185] Voir également en ce sens, H. Gornall, A. Bartlomiejczyk et S. Aujla, « Oversight of Sustainability Agreements in the Netherlands: New Policy Rule Issued by the ACM », Journal of European Competition Law & Practice, vol. 24, n° 1, Janvier 2024, p. 33

« The ACM's Policy Rule largely conforms with the assessment framework outlined by the European Commission ('EC') under the revised EU guidelines for horizontal cooperation agreements between competitors ('Horizontal Guidelines'). However, compared to the Horizontal Guidelines, the ACM provides more opportunities for businesses to conclude sustainability agreements. The ACM does so not by contradicting the Horizontal Guidelines but by officially promising to overlook some cases where it does not fully agree with the competitive assessment described in the Horizontal Guidelines. The ACM will, therefore, not enforce against certain sustainability agreements even though they are not within the boundaries of competition law as established at the EU level by the EC ».

[186] L'ACM rappelle : « Informal guidance is not a decision by ACM. Informal guidance reflects an initial assessment of ACM on the facts submitted to it and does not create any rights or obligations for the applicant or a third party ».

[187] Communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/acm-positive-about-collaboration-waste-collectors-stimulate-recycling

gestion durable des déchets. L'ACM n'y voyait pas d'atteinte à la concurrence, car elle visait à renforcer le respect d'exigences légales de durabilité difficilement contrôlées par les autorités. Quant aux entreprises non soumises à l'obligation de tri, leur nombre étant très limité, les éventuelles restrictions de concurrence étaient jugées comme étant négligeables. A noter que cette décision marque la première application de la nouvelle règle de politique de l'ACM (*Policy Rule)* sur la supervision des accords de durabilité.

121. En 2024, l'une des évaluations menées par l'ACM a porté sur la demande de l'Association néerlandaise des banques (*Nederlandse Vereniging van Banken* - NVB), qui souhaitait permettre aux banques néerlandaises de coopérer en matière de reporting en durabilité, notamment dans le contexte de la future directive CSRD[188]. L'objectif de cette coopération était d'améliorer la comparabilité des rapports via un projet de données commun, destiné à clarifier les exigences en matière de durabilité (critères ESG). L'ACM a estimé que cette initiative ne soulevait pas de problème de concurrence, dès lors qu'elle ne générait ni augmentation des prix ni dégradation de la qualité. Chaque établissement bancaire conserve en effet toute latitude pour choisir les critères ESG qu'il souhaite rapporter et peut s'écarter des lignes directrices communes. Cette harmonisation volontaire permet d'éviter que chaque banque interprète isolément des exigences complexes, ce qui risquerait de produire des rapports incohérents.

122. L'ACM a également validé, en 2024, une collaboration entre neuf producteurs de capsules de café, représentant 90 % du marché, visant à améliorer leur recyclage[189]. Ces entreprises investiront conjointement dans des machines de tri afin de faciliter l'extraction des capsules des déchets résiduels, pour ensuite les recycler via des centres de traitement. L'initiative, portée par l'association néerlandaise du café et du thé (KNVKT), a été évaluée positivement par l'ACM, qui n'a relevé aucun risque d'atteinte à la concurrence, que ce soit au niveau de la hausse de prix, de l'exclusion d'acteurs, ou d'échange d'informations sensibles. L'ACM attire ceci dit l'attention sur un point : cette initiative ne doit pas freiner les investissements dans d'autres pistes de durabilité, comme le développement de capsules compostables. Il est essentiel que les producteurs continuent à explorer des alternatives durables au recyclage.

123. Toujours en 2024, l'ACM a autorisé l'introduction d'une redevance de durabilité par l'organisation de certification *Stichting Milieukeur (*SMK) pour les producteurs de fruits et légumes labellisés *On the Way to PlanetProof* (label OPP)[190]. Cette redevance vise à compenser les coûts de production durable, souvent insuffisamment couverts, afin de sécuriser le modèle économique des producteurs engagés. L'ACM a estimé que cette initiative ne porte pas atteinte à la concurrence : elle n'entraînera pas de hausse significative des prix pour les consommateurs et la fixation des prix restera libre entre producteurs et distributeurs. En parallèle, l'ACM a également actualisé ses lignes directrices pour les coopérations agricoles, afin d'ouvrir davantage de possibilités aux agriculteurs pour renforcer leur position sur le marché via des initiatives durables.

B. Grèce – *Sustainability Sandbox*

124. ***Staff Discussion Paper*** - Dès 2020, l'autorité grecque de la concurrence (HCC) a publié un document de réflexion (*Staff Discussion Paper*) dans lequel elle analyse les convergences et tensions entre développement durable et droit de la concurrence, sous toutes ses facettes. Ce document identifie les paramètres du développement durable pouvant être promus :

- soit sans modification des règles d'application du droit de la concurrence ;
- soit en adaptant progressivement la notion de durabilité, avec des recommandations spécifiques à l'appui ;
- soit, enfin, en adoptant une approche plus innovante ou en révisant certaines théories classiques du dommage.

[188] Communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/acm-banks-are-allowed-collaborate-regard-sustainability-reports

[189] Communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/acm-competition-rules-offer-room-collaboration-recycling-coffee-capsules

[190] Communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : https://www.acm.nl/en/publications/dutch-certifying-organization-stichting-milieukeur-allowed-introduce-sustainability-fee-farmers

Parmi les principales recommandations formulées dans ce document figurait (i) la création d'une « *sandbox* »[191] permettant aux entreprises d'expérimenter de nouveaux modèles commerciaux favorisant les objectifs de durabilité, y compris dans le cadre de coopérations entre concurrents, voire de changements structurels durables dans certains marchés ainsi que (ii) la publication de lignes directrices clarifiant les conditions dans lesquelles le secteur privé peut coopérer pour atteindre des objectifs de durabilité.

La HCC a par la suite organisé une consultation publique ainsi qu'une conférence numérique sur le thème : « *Développement durable et droit de la concurrence – Vers une osmose réglementaire pour une croissance verte* ».

125. Rapport technique - À la suite de la conférence au cours de laquelle diverses approches ont été présentées et des retours d'expérience pertinents partagés, la HCC, en collaboration avec l'ACM — qui avait déjà annoncé l'adoption de lignes directrices en matière de durabilité et de concurrence — a invité trois professeurs d'économie à rédiger un rapport technique[192]. Ce rapport, publié début 2021, s'appuie principalement sur les concepts et outils issus de l'économie de l'environnement pour répondre à la question suivante : quelles formes d'évaluation quantitative pourraient être appliquées pour tenir compte des bénéfices sociaux plus larges générés par les initiatives en matière de durabilité environnementale, dans le cadre de l'application du droit de la concurrence. Bien que centré sur la durabilité environnementale, le rapport souligne que ses méthodes sont transposables à d'autres dimensions de la durabilité.

Le point de départ est un exemple-type : un accord entre concurrents pour retirer progressivement un produit nocif pour l'environnement. Le rapport explique, à partir de la théorie économique du bien-être et de l'économie de l'environnement, comment mesurer rigoureusement les bénéfices sociaux générés, y compris ceux touchant les générations futures.

La première partie du rapport introduit les notions fondamentales liées aux externalités et à l'échec du marché. Elle justifie l'usage de critères comme celui de Kaldor-Hicks pour apprécier les impacts d'une politique, en combinant bien-être des consommateurs et réduction des dommages environnementaux. La seconde partie développe les méthodes d'évaluation de la valeur économique totale (« TEV ») des bénéfices environnementaux : par les préférences révélées ou déclarées des individus, par l'évaluation des impacts sur la santé ou la productivité, ou via des prix de marché et « prix de l'ombre » tirés d'objectifs politiques. Le rapport discute aussi de l'approche par coût-efficacité (coûts d'évitement).

Il insiste sur les limites méthodologiques de certaines approches, notamment celles qui ne prennent pas en compte les préférences des non-consommateurs ou utilisent des données non spécifiques au cas étudié. Enfin, le rapport met en évidence les écarts entre les valeurs issues des marchés (ex. quotas carbone) et les évaluations du coût social global du carbone, plaidant pour plus de transparence sur les hypothèses et définitions utilisées dans les évaluations.

126. *Sustainability Sandbox* - En juillet 2021, la HCC a lancé une consultation publique sur la mise en place d'un « *sustainability sandbox* »[193]. Compte tenu des retours positifs reçus, elle a décidé, en octobre 2022, de mettre en œuvre cette approche expérimentale : l'objectif est de permettre au secteur économique – en particulier aux petites et moyennes entreprises – de tester de nouveaux modèles d'affaires visant à atteindre plus rapidement et efficacement des objectifs de durabilité, et de manière plus générale, de développer des initiatives contribuant de façon significative aux objectifs de développement durable sans porter atteinte de manière substantielle à la concurrence.

Selon la HCC :

---

[191] La sandbox est définie comme « un espace sécurisé dans lequel des entreprises réglementées ou non peuvent expérimenter des produits, services, modèles économiques ou modes de prestation innovants, sans être immédiatement soumises à l'ensemble des conséquences réglementaires normalement applicables à ce type d'activité ».

[192] Téléchargeable via le lien suivant: https://www.epant.gr/en/information/publications/research-publications/item/1284-technical-report-on-sustainability-and-competition.html

[193] https://sandbox.epant.gr/en/

« *Il va de soi que la mise en place du sandbox ne vise pas à soustraire certaines pratiques à l'application du droit de la concurrence, ni à offrir une protection à des comportements anticoncurrentiels assortis d'un vernis de durabilité (par exemple, des pratiques de* ***greenwashing****) dont les effets négatifs sur la concurrence ne seraient pas compensés. Au contraire, il s'agit de permettre une évaluation complète de ces pratiques* ***en amont****, avant leur mise en œuvre, tout en renforçant la sécurité juridique et en réduisant les risques réglementaires pour les investissements durables, dans une logique d'intérêt général.*

Nous considérons que cette nouvelle initiative de la HCC renforcera la conformité au droit de la concurrence tout en posant les fondements d'une économie verte en Grèce compatible avec la concurrence, assurant ainsi la réalisation conjointe des objectifs à long terme de concurrence et de durabilité, au bénéfice des consommateurs et des citoyens »[194] (traduction libre).

La HCC est la première autorité nationale de concurrence à avoir introduit cet outil. Le *Sandbox* est un environnement supervisé dans lequel les entreprises peuvent mettre en œuvre, pendant une période déterminée, des initiatives contribuant de manière significative aux objectifs de développement durable, sous la supervision et en collaboration directe avec la HCC. De cette manière, le *Sandbox* garantit que ces initiatives ne portent pas atteinte de manière significative à la concurrence (du moins selon l'analyse de la HCC), ce qui renforce la sécurité juridique et réduit le risque réglementaire pour les investissements liés au développement durable. Les entreprises peuvent soumettre leur projet dans le cadre du *Sandbox*. Certaines informations doivent être fournies, notamment une évaluation concurrentielle de la pratique proposée. Le projet est ensuite évalué par la Direction générale de la concurrence de la HCC. À l'issue de cette évaluation, le président de la HCC examine le projet et peut délivrer **une lettre de non-intervention** s'il l'approuve. Une fois cette lettre émise, les entreprises peuvent mettre en œuvre leur projet sur le marché. Toute orientation donnée par la HCC sera évidemment limitée au territoire grec. Ainsi, la protection juridique offerte ne s'appliquera qu'aux activités menées en Grèce.

127. Modification législative - Le fonctionnement du *Sandbox* a été rendu possible par la modification de la loi grecque sur la concurrence[195]. L'article 37A, nouvellement introduit, prévoit en effet la possibilité de délivrer une lettre d'engagement de non-intervention (*no-action letter*) lorsqu'un accord entre entreprises, une décision d'association d'entreprises, une pratique concertée ou un comportement unilatéral est jugé, après analyse de ses effets sur la concurrence, comme contribuant de manière significative au développement durable et à l'intérêt général. Ces lettres sont délivrées par le président de la HCC, sur la base d'un rapport de la direction générale de la concurrence de l'autorité. Elles ne lient toutefois pas la HCC et les cours et tribunaux[196].

---

[194] https://sandbox.epant.gr/en/

[195] En anglais: *Law 3959/2011 on the Protection of Free Competition*. Elle peut être téléchargée à l'adresse suivante : https://www.epant.gr/en/legislation/protection-of-free-competition.html

[196] « 1. The President of Competition Commission, following proposal of the DirectorateGeneral for Competition and at the request of the person concerned, may decide by letter on taking no-action with respect to article 1 of this law and/or article 101 of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU) either because the conditions of article 1(1) of the this law or article 101 TFEU are not met, or because the conditions of article 1(3) of this law or article 101 TFEU are met, on public interest grounds, such as the implementation of sustainable development objectives.

2. The President of Competition Commission, following proposal of the DirectorateGeneral for Competition, may likewise make such a finding with reference to article 2 of this law or of article 102 TFEU.

3. The President of Competition Commission, following proposal of the DirectorateGeneral for Competition, withdraws a letter of no-action issued in accordance with article 1 and 2, if new evidence become available to the Commission, which substantially affect the assessment of the conduct, if the factual circumstances have changed, or if its issuance was based on untrue or misleading information. The withdrawal shall be notified immediately to the undertakings concerned.

4. The no-action letter has no binding effect on the Competition Commission and the courts.

5. By decision of the Competition Commission, the criteria and the conditions under which the letter of par. 1 is issued are specified, following a public consultation, and any other matter pertaining to the application of this law is determined ».

C. Autriche – Une mesure législative

128. Durant l'été 2021, le législateur autrichien a introduit une exemption en matière de durabilité dans le droit national de la concurrence. Cette nouvelle exemption, désormais intégrée à l'article 2, § 1 de la loi sur les cartels (*Cartel Act*), constitue la première exemption juridiquement contraignante de ce type intégrée à une législation nationale de concurrence. Elle soulève toutefois certaines questions, notamment quant à son champ d'application, sa relation avec l'article 101, § 3, TFUE et ses modalités pratiques de mise en œuvre.

1. La nouvelle exemption et son contexte

129. Le législateur autrichien a saisi l'opportunité offerte par la transposition obligatoire de la directive ECN+[197] pour affirmer la nécessité d'un rôle accru du droit de la concurrence dans la transition vers une économie plus durable sur le plan environnemental. Les travaux préparatoires font explicitement référence au Pacte vert européen comme élément déclencheur d'une réflexion sur le rôle du droit de la concurrence dans la promotion de la durabilité, ainsi qu'aux travaux doctrinaux émergents sur les liens entre durabilité et droit de la concurrence.

La disposition autrichienne relative à l'exemption des accords anticoncurrentiels figure à l'article 2, paragraphe 1, du *Cartel Act*. L'amendement a consisté en l'ajout de la phrase suivante :

« *Les consommateurs doivent être considérés comme bénéficiant d'une part équitable des avantages lorsque l'amélioration de la production ou de la distribution des biens ou la promotion du progrès technique ou économique contribue de manière substantielle à une économie écologiquement durable ou climatiquement neutre* ».

130. Travaux préparatoires et consultation publique - Les travaux préparatoires consacrent plus de trois pages à cette nouvelle formulation, pourtant brève, de la clause d'exemption. Ils invitent en outre l'Autorité fédérale autrichienne de la concurrence (AFCA) à élaborer, en concertation avec le Ministère de la protection du climat, des lignes directrices, lesquelles ont été adoptées (cf. *infra*). La législateur reconnait ainsi explicitement que la mise en œuvre de la nouvelle disposition appelle des précisions complémentaires.

Au cours du processus législatif, le public, et plus particulièrement les parties prenantes, a eu la possibilité de soumettre des observations sur le projet de réforme du droit de la concurrence. Bien que la période de consultation ait été relativement courte (seulement 3,5 semaines), plus de 30 contributions ont été déposées, dont un nombre significatif portait sur la nouvelle exemption relative à la durabilité. Plusieurs des contributions saluaient l'évolution du droit de la concurrence vers une prise en compte accrue des enjeux de durabilité environnementale. Toutefois, la nouvelle disposition d'exemption était souvent perçue comme trop vague, voire prématurée, compte tenu des débats encore en cours au niveau européen quant à l'intégration des objectifs de durabilité dans l'analyse concurrentielle.

2. Les conditions d'exemption

131. À l'instar de l'article 101, § 3, TFUE, l'article 2, § 1, du *Cartel Act* autrichien exige qu'un accord, une décision ou une pratique concertée anticoncurrentiels remplissent quatre conditions pour pouvoir bénéficier d'une exemption individuelle. La nouvelle exemption en matière de durabilité concerne essentiellement les deux premières conditions d'exemption, à savoir :

- le type de gains devant résulter de l'accord ; et
- la nécessité qu'une part équitable de ces gains soit répercutée sur les consommateurs.

132. Première condition : des gains écologiques ou climatiques - La première condition de l'exemption exige que l'accord, la décision ou la pratique concertée contribue à améliorer la production ou la distribution de biens ou à promouvoir le progrès technique ou économique. L'amendement autrichien vise à compléter ce premier critère en précisant qu'un accord entre

[197] Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

entreprises satisfait à cette condition s'il contribue à une économie écologiquement durable et climatiquement neutre.

133. Conception large - La formulation utilisée laisse largement incertaine la nature des améliorations écologiques qui seraient suffisantes pour considérer que cette condition est remplie. Toutefois, pour préciser les types d'objectifs couverts par la nouvelle exemption en matière de durabilité, les travaux préparatoires fournissent les exemples non exhaustifs suivants :

- la protection du climat (par exemple, recours aux énergies renouvelables, réduction des émissions de gaz à effet de serre) ;
- l'utilisation durable et la protection des ressources en eau (par exemple, protection de l'environnement contre les effets néfastes du rejet des eaux usées) ;
- la transition vers une économie circulaire (par exemple, promotion de la réparabilité et de la recyclabilité des produits, augmentation de l'utilisation de matières premières secondaires) ;
- et la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes (par exemple, gestion durable des forêts).

La conception qu'a le législateur autrichien d'une économie écologiquement durable semble donc relativement large, même si elle ne paraît pas s'étendre à des enjeux tels que le bien-être animal, comme cela était en cause dans l'affaire néerlandaise *Chicken of Tomorrow*[198], du moins pas de manière autonome.

Ni la disposition elle-même, ni les travaux préparatoires ne limitent les objectifs de durabilité couverts par la nouvelle exemption aux seuls objectifs qui lient juridiquement l'Autriche en vertu d'un accord international ou d'un instrument similaire. Une telle approche est pourtant en partie défendue par l'autorité néerlandaise de la concurrence dans son projet de *guidelines* de 2021 (cf. *supra*). L'amendement autrichien n'intègre, quant à lui, aucune restriction de ce type.

Cette absence de limitation est saluée par certains[199], dans la mesure où elle permet d'encourager des initiatives susceptibles de contribuer à une économie écologiquement durable au sens large, y compris au-delà des engagements juridiques pris par l'Autriche ou l'Union européenne. Bien qu'une approche plus restrictive offre aux parties une plus grande sécurité juridique quant aux objectifs de durabilité susceptibles d'être reconnus - et ait donc été accueillie favorablement par certains - une telle approche pourrait freiner des initiatives d'entreprises ambitieuses et utiles sur le plan environnemental ou climatique. L'exemption autrichienne emprunte donc une voie différente, plus ouverte, mais introduit également une part d'insécurité juridique, notamment quant aux bénéfices de durabilité qui seront, en définitive, considérés comme suffisants pour satisfaire aux conditions de l'exemption.

134. Quantification – Toute initiative souhaitant se prévaloir de l'exemption en matière de durabilité doit fournir une description précise, en termes quantitatifs et/ou qualitatifs, des bénéfices en matière de durabilité qu'elle entend générer. Les travaux préparatoires autrichiens reconnaissent toutefois qu'une quantification de ces bénéfices n'est pas toujours possible, auquel cas il conviendra de raffiner les méthodes permettant de mettre en balance des avantages qualitatifs.

L'exemption autrichienne exige que les améliorations apportées par un accord contribuent de manière significative à une économie écologiquement durable[200]. Il y a toutefois un manque de clarté concernant l'ampleur ou la portée exacte de cette contribution pour satisfaire cette exigence.

135. Seconde condition : répercussion équitable des avantages - La deuxième condition pour bénéficier d'une exemption individuelle exige que l'accord, la décision ou la pratique concertée permette aux consommateurs de bénéficier d'une part équitable des avantages qui en résultent.

---

[198] Cf. *supra*, note de bas de page 144.

[199] Voy. par exemple V. H.S.E. Robertson, « The New Sustainability Exemption in Austrian Competiton Law », *Journal of Competiton Law & Practice*, vol. 13, n° 2, Septembre 2022.

[200] Le terme « substantiel » n'apparaissait pas dans le projet de loi initial et n'a été introduit qu'au cours du processus législatif, probablement en réponse aux critiques exprimées pendant la consultation, selon lesquelles certaines entreprises pourraient détourner l'exemption en concluant des accords qui ne produiraient qu'un effet écologique accessoire.

C'est cette condition qui est le plus directement affectée par l'amendement autrichien relatif aux initiatives de durabilité.

En effet, alors que les débats sur la relation entre le droit de la concurrence et l'écologie portent régulièrement sur la question de savoir si les efficiences dites « hors marché » (*out-of-market efficiencies*) (cf. *supra*) peuvent être prises en compte pour l'octroi d'une exemption individuelle, l'amendement autrichien confirme explicitement que tel est bien le cas.

Au regard de la pratique européenne, il s'agit probablement de l'aspect le plus controversé. Comme évoqué précédemment, les dernières Lignes directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale (2023) combinent une analyse des avantages individuels et des avantages collectifs. L'exemption autrichienne va cependant plus loin : elle présume, de manière irréfragable, que les bénéfices environnementaux suffisent à établir que les consommateurs bénéficient d'une part équitable des avantages, sans qu'il soit nécessaire de démontrer comment ces bénéfices se répartissent entre les acheteurs individuels et la société dans son ensemble, ni s'il existe un chevauchement substantiel entre les consommateurs du marché concerné et les bénéficiaires des effets positifs collectifs.

3. *Guidelines*

136. Les *guidelines* de l'AFCA sur l'application de l'article 1, l'article 2, § 1, du *Cartel Act* ont été publiées en septembre 2022[201]. Elles sont antérieures aux Lignes directrices de 2023 de la Commission sur les accords de coopération horizontale mais ont été établies alors que le projet de Lignes directrices était déjà connu et y font référence.

137. Champ d'application limité – Les *guidelines* de l'AFCA précisent également que l'exemption fondée sur l'article 2, § 1, du *Cartel Act* ne peut être invoquée que dans les cas où le droit de l'Union ne s'applique pas. L'AFCA insiste sur l'obligation d'interprétation conforme, rappelant que le droit national de la concurrence ne peut aboutir à une appréciation plus souple que celle admise par le droit de l'Union européenne.

138. Cinq conditions – L'AFCA précise les conditions devant toutes être remplies par les accords pour qu'ils puissent bénéficier de l'exemption.

Premièrement, l'accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution de biens ou à promouvoir le progrès technique ou économique (conformément à l'article 101, § 3, TFUE). Les *guidelines* de l'AFCA précisent que cela signifie une amélioration de l'utilisation des ressources rares, de manière à augmenter le bien-être global de la société (*welfare total*), et non une simple redistribution du bien-être entre producteurs et consommateurs.

Deuxièmement, sur la base du principe de proportionnalité, les *guidelines* exigent que les entreprises démontrent qu'il n'existe pas de solution alternative moins restrictive de la concurrence permettant d'obtenir les mêmes bénéfices. Autrement dit, les avantages environnementaux ne peuvent être atteints dans un cadre concurrentiel (par exemple, en raison d'importants désavantages de premier entrant ou de comportements de passagers clandestins).

Troisièmement, l'accord doit engendrer des avantages de durabilité de nature écologique ou environnementale. Les *guidelines* proposent une liste non exhaustive d'exemples concrets, inspirée des terminologies et définitions du Règlement Taxonomie de l'UE (Règlement (UE) 2020/852), notamment : réduction des émissions de CO_2 ; adaptation au changement climatique ; transition vers une économie circulaire (durabilité, réparabilité, réutilisabilité, recyclabilité) ; prévention de la pollution (qualité de l'air, de l'eau ou du sol) ; protection et restauration de la biodiversité et des écosystèmes (gestion durable des forêts) ; utilisation durable et protection des ressources aquatiques et marines (réutilisation de l'eau, réduction des contaminants).

Quatrièmement, l'accord doit contribuer de manière substantielle à une économie durable ou climatiquement neutre. Cela signifie que, du point de vue de la société dans son ensemble (et non uniquement des consommateurs du marché concerné), les effets positifs doivent au moins compenser les effets négatifs. Il ne s'agit donc pas de démontrer que les consommateurs concernés sont (même partiellement) compensés, mais d'évaluer les effets globaux, y compris les

[201] Pour un bref commentaire, voy. par exemple M. Gassler, « New Draft Guidelines for the New Austrian Sustainability Exemption », *Kluwer Competition Law Blog*, 2 juin 2022.

bénéfices hors marché. Les effets positifs et négatifs peuvent être mis en balance de manière quantitative ou qualitative. Une évaluation purement qualitative peut suffire lorsque le lien entre la restriction de concurrence et les bénéfices environnementaux est « clair d'avance ». Dans le cas contraire, une pondération quantitative est requise, pour laquelle les *guidelines* proposent des indications spécifiques dans un chapitre dédié.

Cinquièmement, quel que soit le niveau des avantages générés, une certaine concurrence doit subsister sur le marché concerné (condition identique à celle de l'article 101, § 3, TFUE).

139. **« *Open door policy* » -** L'AFCA précise qu'elle est disposée à fournir une orientation informelle si des doutes subsistent après l'autoévaluation fondée sur les *guidelines*.

140. **Retours d'expérience** - D'après les informations recueillies auprès de collaborateurs du ministère autrichien de l'Économie, de l'Énergie et du Tourisme, les craintes initiales selon lesquelles l'exemption serait instrumentalisée par les entreprises pour contourner les règles de concurrence – notamment à des fins de *greenwashing* – ne se sont pas concrétisées. En revanche, il semblerait que peu d'entreprises aient, à ce stade, recours à cette exemption ou sollicitent l'avis de l'AFCA au sujet de projets de coopération en matière de durabilité. Selon les interlocuteurs rencontrés, l'objectif principal de la réforme était surtout d'envoyer un signal clair aux entreprises afin de les encourager à s'engager dans des initiatives de coopération à finalité environnementale. Le fait que l'exemption ne puisse s'appliquer qu'aux accords dont les effets anticoncurrentiels ne dépassent pas le territoire autrichien en limite toutefois la portée pratique.

D. France – L'Autorité française de la concurrence (AFC)

141. **« *Open door policy* »** - Depuis 2020, l'Autorité française de la concurrence (AFC) s'est engagée dans une politique de « porte ouverte ». Les acteurs souhaitant développer des projets vertueux, mais dont l'analyse au regard des règles de concurrence s'avère particulièrement complexe, peuvent se rapprocher de l'AFC afin de bénéficier d'orientations leur permettant de mieux auto-évaluer la compatibilité de leurs projets avec le droit de la concurrence.

Afin de mieux soutenir les entreprises dans cette démarche, l'AFC a voulu leur proposer un cadre plus clair, souple et précis pour encadrer leur demande d'accompagnement. En décembre 2023, elle a ainsi soumis à consultation publique un projet de communiqué destiné à permettre aux entreprises de bénéficier d'orientations informelles.

L'AFC a publié le 27 mai 2024 un communiqué relatif aux orientations informelles en matière de développement durable[202]. Ce communiqué repose donc sur le principe de la « porte ouverte », qui consiste à encourager les entreprises qui souhaitent développer des projets poursuivant un objectif de développement durable à soumettre ces derniers au rapporteur général qui pourra formuler des orientations informelles quant à leur compatibilité ou non avec le droit de la concurrence.

Au terme de l'examen, le rapporteur général adresse une lettre d'orientation informelle. Celle-ci contient un résumé des faits exposés dans la demande, ainsi que le raisonnement juridique de l'AFC quant à l'application du droit de la concurrence au projet envisagé.

142. **Premier avis du rapporteur général – Orientations informelles du 14 juin 2024 relatives à une méthodologie harmonisée de mesure de l'empreinte environnementale dans le secteur de la nutrition animale -** En l'espèce, deux organisations professionnelles représentant les acteurs du secteur de la nutrition animale ont saisi le Rapporteur général afin d'obtenir un avis sur un projet de guide visant à établir une méthode harmonisée de calcul de l'empreinte environnementale des produits.

Le Rapporteur général a jugé cette demande recevable et estimé que le projet de méthodologie collective pour le calcul de l'empreinte carbone des produits pouvait être assimilé à un accord de normalisation, au sens du chapitre 9 des lignes directrices de la Commission européenne relatives aux accords de coopération horizontale.

[202] https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2024-05/20240527-communique-orientations-informelles-fr.pdf

Dans la lettre adressée aux parties prenantes, il a notamment rappelé l'importance de limiter les échanges d'informations sensibles entre concurrents, souligné que les entreprises devaient rester libres d'aller au-delà de la méthode commune, et insisté sur la nécessité de fonder la méthodologie et les données utilisées sur des bases scientifiques rigoureuses.

143. Second avis du rapporteur général - Orientations informelles du 29 janvier 2025 relative à la création d'un système de prise en charge collective du surcoût et des risques associés à la transition agroécologique – Une association (« Pour une Agriculture du Vivant ») se présentant comme un tiers de confiance dans l'accompagnement de la transition agroécologique des exploitations agricoles françaises a sollicité le Rapporteur général au sujet de la création d'un mécanisme collectif destiné à prendre en charge les surcoûts et les risques liés à cette transition.

Le Rapporteur général a jugé la demande recevable et estimé qu'il était opportun d'y répondre, malgré l'absence de précisions sur certains volets du projet, en raison de l'importance stratégique que revêt la transition agroécologique pour le secteur agricole.

Dans la réponse adressée à l'association, il a notamment insisté sur la nécessité de définir des conditions de participation au projet claires, objectives, transparentes et non discriminatoires, à moins qu'une justification spécifique ne soit apportée. Il a également souligné l'importance d'utiliser des outils scientifiquement solides pour évaluer le niveau de transition des exploitations et identifier les besoins de financement, ainsi que la nécessité de faire appel à un tiers indépendant pour la collecte, l'agrégation et l'anonymisation des données commercialement sensibles.

Par ailleurs, le Rapporteur général a esquissé les principaux éléments d'analyse que les porteurs du projet devraient mobiliser pour vérifier sa conformité avec les règles de concurrence, notamment en ce qui concerne les pertes de rendement ou les dispositifs d'incitation (tels que les primes accordées par les acteurs de l'aval), pour lesquels les données disponibles étaient encore insuffisantes.

Enfin, il a rappelé que les agriculteurs devraient pouvoir bénéficier des éventuelles retombées économiques liées à la valorisation des données agroécologiques.

144. Observations - La politique de « porte ouverte » de l'AFC, mise en place depuis 2020, précisée en 2023 par l'AFC, constitue désormais un cadre bien défini, tant en termes de procédure que de contenu des demandes, permettant aux entreprises de solliciter des orientations informelles concernant la compatibilité de leurs projets de développement durable avec les règles de concurrence. Cette approche facilite la compréhension des règles concurrentielles dans un contexte où les initiatives durables peuvent soulever des questions complexes. Cependant, malgré la clarté de cette politique, les demandes restent relativement rares. En dépit de la pertinence des orientations informelles, l'absence de nombreuses demandes souligne la nécessité d'une plus grande sensibilisation des entreprises à la possibilité de solliciter de telles orientations.

E. Allemagne – Divers développements

145. Initialement, l'Allemagne était plus sceptique que d'autres États membres quant à l'idée de traiter plus favorablement les coopérations entre entreprises à visées sociales ou environnementales. Cette posture a toutefois évolué[203].

146. En 2022, l'Office fédéral des cartels (*Bundeskartellamt*) a rendu plusieurs avis portant sur des initiatives en matière de durabilité, prenant un rôle de régulateur actif dans ce domaine.

Le *Bundeskartellamt* a notamment fourni des orientations pour la mise en œuvre d'initiatives durables dans le secteur de la distribution alimentaire, et a récemment examiné des accords dans les secteurs de la banane et du lait.

Dans l'affaire dite des « Bananes », de grandes enseignes de distribution alimentaire souhaitaient constituer un groupe de travail pour promouvoir des salaires décents tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Le *Bundeskartellamt* a approuvé cet accord, considérant qu'aucune information sensible sur le plan concurrentiel (prix, coûts, volumes de production, marges) n'était échangée et qu'aucune coordination sur les prix ne pouvait être constatée. Dès lors, l'accord ne relevait pas d'un comportement concerté au sens de l'article 1 de la loi allemande sur les cartels (GWB), analogue à l'article 101 TFUE.

Dans une autre affaire, l'Initiative pour le bien-être animal (« *Initiative Tierwohl* »), rassemblant des représentants des secteurs agricole, de la production de viande et de la distribution, prévoyait le versement d'une subvention aux agriculteurs respectant certains critères de bien-être animal, sous forme d'un supplément par kilo de viande de porc ou de volaille vendu. L'accord a été considéré comme temporairement admissible, en raison de son caractère pionnier et de l'amélioration des standards de bien-être animal. Le *Bundeskartellamt* n'a toutefois pas précisé la durée de cette autorisation.

Enfin, s'agissant du secteur laitier, le *Bundeskartellamt* a examiné deux initiatives similaires fondées sur des mécanismes de prime, impliquant des augmentations de prix pour les consommateurs. Toutefois, les objectifs poursuivis différaient. La première initiative visait uniquement à assurer une meilleure rémunération des producteurs de lait, en invoquant le fait que les prix bas ne couvraient pas les coûts de production. Cette justification d'ordre purement économique a été rejetée par le *Bundeskartellamt*, faute de lien explicite avec un objectif de durabilité. En revanche, la seconde initiative prévoyait un système d'étiquetage de durabilité fondé sur des critères de bien-être animal, avec une prime versée par les distributeurs aux laiteries, puis reversée aux producteurs participant au programme. Celle-ci a été jugée acceptable par l'autorité.

L'approche différenciée du *Bundeskartellamt* à l'égard de ces deux initiatives illustre de manière concrète les critères pouvant guider l'application pratique d'instruments ou *guidelines* en matière de durabilité, en distinguant les accords répondant « véritablement à des objectifs de durabilité » – y compris lorsqu'ils peuvent avoir un effet sur les prix – de ceux reposant sur des motivations strictement économiques sans bénéfices environnementaux ou sociétaux clairement identifiables[204].

147. En mars 2023, le Ministère Fédéral des Affaires Économiques et de la Protection du Climat a sollicité la réalisation d'un rapport externe sur l'application de l'ensemble du droit de la concurrence aux pratiques de durabilité des entreprises[205].

148. A la suite de ce rapport, le Ministère Fédéral a lancé une consultation publique sur la modernisation du droit de la concurrence qui comprenait plusieurs questions sur l'application des

---

[203] Voy. à ce sujet E. Bueren et J. Crowder, « Sustainability and Competition Law in Germany », in *Sustainability Objectives and Intellectual Property Law*, Springer, 2024, pp. 83-125.

[204] Cf. *supra*, partie Greenwashing.

[205] En allemand :

https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/studie-wettbewerb-und-nachhaltigkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=2 ;

en anglais : https://www.e-elgar.com/shop/gbp/competition-and-sustainability-9781035325382.html

règles de concurrence aux accords de coopération entre entreprises durables[206]. Le Ministère demandait notamment (i) si ces coopérations à visées spécifiques nécessitaient une adaptation du cadre législatif, (ii) comment mieux prendre en compte les avantages hors-marché, (iii) comment appliquer les exemptions aux ces accords de durabilité et (iv) comment éviter, dans ce contexte, le *greenwashing*.

F. Portugal – Un guide des bonnes pratiques

149. Le 29 mai 2024, l'Autorité portugaise de la concurrence (*Autoridade da Concorrência*) a lancé une consultation publique sur un projet de Guide de bonnes pratiques en matière d'accords de durabilité[207] (*Best Practices on Sustainability Agreements*). Ce guide pratique vise à clarifier les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent conclure des accords en vue d'atteindre des objectifs de durabilité économique, sociale ou environnementale, tout en respectant le droit de la concurrence.

Selon le communiqué de presse de l'*Autoridade da Concorrência* (n° 12/2024), ce guide s'inscrit dans sa mission de promotion d'une culture de concurrence et cherche à établir un équilibre entre objectifs concurrentiels et durabilité. Il contient des indications – fondées sur les Lignes directrices de la Commission de 2023 – sur les exemptions possibles et les conditions à respecter.

150. **Critiques** – Le guide portugais a été critiqué par certains experts portugais qui mettent en avant le fait qu'il se limite à résumer le cadre juridique existant, en renvoyant de manière extensive aux Lignes directrices de la Commission de 2023, et notamment à leur chapitre consacré aux accords de durabilité.

Il est certain qu'en comparaison avec d'autres autorités nationales de concurrence, la démarche de l'*Autoridade da Concorrência* reste – tout comme celle de la Commission européenne d'ailleurs – marquée par une posture plutôt prudente. Comme le soulignent I. F. Neves et J. F. Nunes, dans une certaine mesure, on peut considérer que le guide portugais adopte une attitude critique ou sceptique vis-à-vis des initiatives de coopération entre entreprises fondées sur une mutualisation des efforts et des ressources[208]. Selon ces auteurs, cette approche – jugée trop restrictive – pourrait même renforcer l'effet dissuasif du droit de la concurrence à l'égard des initiatives de coopération poursuivant des objectifs de durabilité.

G. Italie – Une réflexion en cours

151. D'après les informations recueillies, l'Autorité italienne de la concurrence (AGCM) aurait mis en place un groupe de travail dédié à la durabilité, chargé d'examiner les enjeux liés à la durabilité tant sous l'angle du droit de la concurrence que de la protection des consommateurs. À ce stade toutefois, l'AGCM n'a pas encore adopté de lignes directrices générales ni publié de document de cadrage spécifique sur les accords de durabilité.

Sa contribution récente à l'OCDE, dans laquelle elle illustre son approche dans des affaires présentant des liens étroits avec la durabilité environnementale, fournit toutefois un éclairage utile sur sa pratique décisionnelle et sa position[209]. Selon l'AGCM, si les débats portent souvent sur l'intégration des objectifs environnementaux dans les régimes de concurrence, les autorités de concurrence devraient également veiller à appliquer rigoureusement les principes du droit de la concurrence, dès lors que cela permet d'atteindre des objectifs d'intérêt général. En particulier, la promotion de la concurrence sur les marchés circulaires peut générer des effets positifs pour les consommateurs à court et long termes, tout en favorisant l'efficacité des modèles économiques circulaires.

---

[206] https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20231004-konsultation-reform-kartellrecht.html

[207] https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/documentos/guias-promocao-da-concorrencia/Best%20Practices%20Guide%20on%20Sustainability%20Agreements.pdf

[208] I. F. Neves et J. F. Nunes, « Navigating the Void in Portuguese Best Practices on Sustainability Agreements: Why Undertakings Get Lost in the Sauce », *Kluwer Competition Law Blog*, 19 juin 2024.

[209] OCDE, « Competition in the Circular Economy – Note by Italy », 27 juin 2023.

152. Enfin, une initiative qui mérite d'être mentionnée est l'adoption, en mars 2024, d'une communication sur l'application de l'article 210 bis, paragraphe 7, du règlement (UE) n° 1308/2013, relative aux accords de durabilité conclus entre producteurs agricoles (Résolution AGCM n° 31142 du 19 mars 2024)[210].

H. Royaume-Uni – *Guidelines de la Competition and Markets Authority (CMA)*

153. **Contexte** – Le régime britannique de concurrence est fortement inspiré de l'approche européenne, tout en présentant certaines spécificités. En raison de l'ancienne appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne, une grande partie du droit britannique de la concurrence reflète aujourd'hui encore les règles européennes, notamment les articles 101 et 102 du TFUE, ainsi que les principes qui les sous-tendent. Pendant son appartenance à l'UE, le Royaume-Uni était tenu de suivre la jurisprudence européenne.

Depuis la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne et la fin de la période de transition le 31 décembre 2020, le droit européen de la concurrence ne s'applique plus au Royaume-Uni. Les régulateurs et tribunaux britanniques disposent ainsi désormais de la liberté de s'en écarter.

154. Depuis quelques années déjà, la *Competition and Markets Authority* (CMA) se montre de plus en plus active sur les questions de durabilité, tant dans ses publications que dans ses ambitions internationales de leadership intellectuel. Qualifiant la durabilité de « priorité stratégique » dans ses derniers rapports annuels, la CMA affiche comme objectif central de soutenir la transition vers une croissance bas carbone, notamment en favorisant des marchés sains et concurrentiels pour les produits et services durables.

155. **Des Lignes directrices « vertes »** - Le 12 octobre 2023, la CMA a publié ses lignes directrices sur les accords verts (*Green Agreements Guidance*) afin d'aider les entreprises à coopérer dans la poursuite d'objectifs environnementaux (les « lignes directrices vertes »). Ce document s'inscrit dans une campagne de sensibilisation plus large lancée par l'autorité britannique, comprenant notamment une vidéo explicative et une feuille de route.

S'appuyant sur des exemples concrets, les lignes directrices vertes de la CMA précisent comment l'interdiction générale des accords anticoncurrentiels (la *Chapter I prohibition*) s'applique - ou ne s'applique pas – aux accords entre concurrents visant à prévenir, réduire ou atténuer les effets négatifs des activités économiques sur l'environnement, ou à faciliter la transition vers la durabilité environnementale (*environmental sustainability agreements ou ESAs*), notamment en matière de changement climatique.

Certaines des règles exposées dans ces lignes directrices s'appliquent également aux accords verticaux et illustrent plus largement l'approche que la CMA pourrait adopter à l'égard des enjeux environnementaux dans l'ensemble de ses compétences. En particulier, l'approche retenue à l'égard des accords relatifs au changement climatique s'applique également aux accords verticaux.

156. **Objectifs visés** – Contrairement à certaines juridictions, comme l'Union européenne, qui englobent un éventail plus large d'objectifs de durabilité, les lignes directrices britanniques se concentrent spécifiquement sur la durabilité environnementale (y compris les accords climatiques et les dispositifs de protection de la biodiversité).

157. **Conformité avec les règles existantes de concurrence** – Bien que ces lignes directrices soient sans doute les plus progressistes parmi celles adoptées à ce jour (cf. *infra*), elles restent, selon Simon Holmes notamment, pleinement compatibles avec les régimes juridiques britanniques, européens ou équivalents relatifs aux ententes anticoncurrentielles (article 101 TFUE, etc.)[211].

158. Trois catégories d'accords sont envisagées dans les lignes directrices de la CMA :

---

[210] https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=4ff0e14c-8b6e-45b7-a3a1-b64da11d2ae5&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa

[211] S. Holmes, "Sustainability and competition policy in Europe: recent developments", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, p. 2.

- premièrement, les accords entre concurrents en matière de durabilité environnementale qui sont peu susceptibles d'enfreindre l'interdiction du *Chapter I* ;
- deuxièmement, les accords qui pourraient enfreindre l'interdiction du *Chapter I* (sauf qu'ils constituent des restrictions accessoires ou bénéficient d'une exemption) ;
- troisièmement, les accords qui pourraient bénéficier d'une exemption.

1. Accords environnementaux peu susceptibles d'enfreindre le droit de la concurrence

159. La CMA identifie plusieurs types d'accords qui sont, en principe, peu susceptibles de contrevenir à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles prévue par le *Chapter I* du *Competition Act* (équivalent de l'article 101 § 1er, TFUE). Il s'agit notamment d'accords qui :

(i) n'affectent pas sensiblement la concurrence, par exemple parce que la part de marché cumulée des parties est trop faible ;

(ii) n'ont pas d'incidence sur les paramètres concurrentiels, tels que les engagements internes à une entreprise pour limiter l'usage de matériaux non durables ;

(iii) consistent en des actions communes de plaidoyer ou de sensibilisation environnementale ;

(iv) permettent aux entreprises de réaliser collectivement ce qu'elles ne pourraient accomplir seules ou qu'elles pourraient accomplir de manière plus rapide ou plus efficace ensemble ;

(v) sont imposés par la législation ;

(vi) concernent l'échange d'informations sur les pratiques environnementales de fournisseurs ou de clients[212] ;

(vii) établissent de nouvelles normes environnementales sectorielles[213] ;

(viii) visent à l'élimination progressive de produits ou procédés non durables[214] ;

(ix) fixent des objectifs environnementaux non contraignants à l'échelle sectorielle, à condition que les entreprises participantes conservent leur liberté de déterminer, de manière indépendante, leur propre niveau de contribution ainsi que les moyens par lesquels elles atteindront – ou dépasseront – ces objectifs ;

(x) portent sur des accords entre actionnaires visant à soutenir des politiques de durabilité environnementale.

---

[212] A condition que ces accords n'imposent pas aux parties d'acheter (ou de s'abstenir d'acheter) auprès de certains fournisseurs, ni de fournir (ou de s'abstenir de fournir) à certains clients, et qu'ils n'impliquent pas d'échange d'informations sensibles sur le plan concurrentiel, notamment en ce qui concerne les prix ou les quantités achetées auprès des fournisseurs ou par les clients.

[213] Pour que de telles normes sectorielles soient considérées comme compatibles avec le droit de la concurrence, les conditions suivantes doivent être réunies :

a. Le processus d'élaboration de la norme doit être transparent et permettre la participation des entreprises concernées ;

b. Aucune entreprise ne doit être contrainte d'adhérer à la norme (même si celle-ci peut imposer aux entreprises qui y adhèrent de la respecter et prévoir un mécanisme de suivi) ;

c. Toute entreprise doit pouvoir mettre en œuvre la norme à des conditions raisonnables et non discriminatoires ;

d. Les entreprises participantes doivent être libres d'aller au-delà des exigences minimales de la norme ou de développer et appliquer des normes plus strictes (si les parties conviennent de ne pas s'écarter de la norme, l'accord devra alors être examiné au regard des critères d'exemption) ;

e. La norme ne doit pas entraîner une réduction sensible de l'offre de produits disponibles pour les consommateurs.

[214] A condition que ces accords :

- n'entraînent pas une augmentation sensible des prix pour les consommateurs ;
- ne réduisent pas de manière significative le choix de produits disponibles ;
- n'aient pas pour objet d'éliminer la concurrence, de nuire aux concurrents ou de procéder à un partage de marché.

Chacune de ces catégories est généralement soumise à des conditions importantes, ce qui peut, en pratique, les rendre moins claires ou automatiques qu'il n'y paraît au premier abord. Plusieurs des catégories identifiées par la CMA présentent néanmoins une portée étendue et devraient donc s'avérer utiles pour de nombreuses entreprises dans la mise en œuvre de leur stratégie environnementale.

2. Accords environnementaux susceptibles d'enfreindre le droit de la concurrence

160. Comme dans l'Union européenne, au Royaume-Uni, les accords de coopération entre entreprises à visées environnementales peuvent être interdits s'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, sauf s'ils remplissent les conditions d'une exemption (cf. *infra*).

Un exemple d'accord restreignant la concurrence par objet est celui qui limite la capacité ou l'incitation d'un concurrent à innover pour atteindre un objectif de durabilité, ou à le faire plus rapidement (ex. : un accord visant à retarder l'adoption d'un procédé de production moins polluant)[215].

161. Certains accords ne tomberont sous le coup de l'interdiction que s'ils produisent un effet anticoncurrentiel.

Deux exemples sont fournis par la CMA :

- un accord entre concurrents pour n'acheter qu'auprès de fournisseurs durables, ceux-ci opérant à un niveau différent de la chaîne de valeur ;
- un accord entre fournisseurs concurrents pour ne pas vendre à des clients dont les activités nuisent à l'environnement.

3. Restrictions accessoires (*Ancillary restraints*)

162. Certaines restrictions de concurrence peuvent être considérées comme accessoires à un accord environnemental principal, et donc ne pas tomber sous le coup de l'interdiction du *Chapter I*[216]. Pour cela, elles doivent être objectivement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord et proportionnées à l'objectif poursuivi.

L'exemple mentionné dans les lignes directrices vertes est celui d'un groupe de concurrents coopérant pour l'achat conjoint d'intrants à faible empreinte carbone auprès de grands fournisseurs. Les concurrents négocient ensemble des remises sur volume, ce qui les incite à acheter davantage de ces intrants à faible empreinte carbone. Ces remises sont susceptibles de se répercuter sur les prix appliqués aux clients en aval, ce qui encouragera la production et la consommation de produits alternatifs à plus faible empreinte carbone. Pour fonctionner efficacement, le groupement d'achat impose à certains de ses membres de ne pas adhérer à d'autres groupements d'achat concurrents ou d'y participer. Indépendamment de la question de savoir si cette interdiction d'adhésion à d'autres groupements constitue une restriction de la concurrence par objet ou par effet, elle pourrait, dans cet exemple, être considérée comme accessoire, et donc ne pas soulever de problème au regard du droit de la concurrence, à condition que l'accord principal d'achat soit licite et que la restriction accessoire soit nécessaire et proportionnée pour garantir le bon fonctionnement du groupement et le maintien de son pouvoir contractuel vis-à-vis des fournisseurs.

4. Exemptions applicables aux accords de durabilité environnementale

163. Lorsqu'un accord est restreint pour objet ou effet de restreindre la concurrence, il peut néanmoins bénéficier d'une exemption au titre de l'article 9 du *Competition Act* de 1998 (équivalent britannique de l'article 101, § 3 TFUE).

---

[215] On peut, par exemple, penser à cet égard à l'affaire *AdBlue* (cf. *supra*).

[216] Sur l'application de la jurisprudence européenne relative aux restrictions accessoires, voy. *supra* § 31.

Pour qu'une telle exemption soit accordée, l'accord doit satisfaire aux quatre conditions classiques de l'article 101(3) TFUE. La section 5 des lignes directrices précise comment les accords environnementaux peuvent remplir ces critères. Elle apporte des précisions utiles, notamment sur les points suivants :

- **Réduction des émissions de GES** – La réduction des émissions de gaz à effet de serre (y compris hors du Royaume-Uni) est présumée profiter aux consommateurs britanniques.
- **Caractère démontrable des bénéfices** – Bien que la CMA adopte une approche généralement favorable envers les accords environnementaux, les bénéfices invoqués doivent être objectivement démontrables, concrets et vérifiables (à l'exception des réductions de GES, qui bénéficient d'une présomption). Ils ne peuvent être simplement présumés.
- **Prise en compte des bénéfices à long terme** – Les avantages à long terme peuvent être pris en considération, à condition d'appliquer une méthode d'actualisation appropriée pour refléter l'horizon temporel.
- **Indispensabilité de la coopération** – Cette condition peut être remplie même en présence d'une demande individuelle pour des produits durables, dès lors que la couverture du marché reste insuffisante ou que des économies d'échelle sont nécessaires. Dans ce cas, la coopération entre concurrents pourrait être justifiée pour atteindre les objectifs de durabilité plus rapidement, plus efficacement ou à plus grande échelle. En revanche, si la demande est suffisante et que les consommateurs manifestent une volonté de payer, la CMA attendra des entreprises qu'elles se concurrencent de manière autonome.
- **Lien entre les bénéfices et les consommateurs affectés** – En règle générale (hors accords relatifs au climat), les bénéfices doivent profiter aux utilisateurs directs et indirects des produits ou services concernés. La Cour suprême britannique a précisé qu'il n'est normalement pas admissible de compenser un préjudice subi par des consommateurs sur un marché par des avantages accordés à d'autres, non liés. Il peut donc être nécessaire de ne prendre en compte que la part des bénéfices revenant aux consommateurs directement concernés. Toutefois, les bénéfices directs, indirects, ainsi qu'une fraction des bénéfices collectifs, peuvent être intégrés à l'analyse.
- **Évaluation des bénéfices et des effets anticoncurrentiels** – Les parties doivent évaluer à la fois les bénéfices attendus de l'accord et ses effets anticoncurrentiels. Les avantages doivent être significatifs et démontrables. La CMA ne requiert pas nécessairement une quantification précise dans tous les cas : si les bénéfices paraissent manifestement supérieurs aux effets négatifs, une évaluation qualitative peut suffire. En revanche, lorsque cette balance est incertaine, une quantification sera attendue. Les lignes directrices fournissent plusieurs exemples de méthodologies à cet effet.

5. Approche permissive en matière d'exemption pour les accords relatifs au changement climatique

164. Le principal élément qui distingue les lignes directrices britanniques de celles de la Commission européenne réside dans leur approche plus permissive des accords relatifs au changement climatique. Les accords relatifs au changement climatique constituent une sous-catégorie des accords de durabilité environnementale (*Environmental Sustainability Agreements* – ESAs). Ils englobent les accords qui contribuent à la réalisation des objectifs contraignants du Royaume-Uni en matière de lutte contre le changement climatique, qu'ils soient fixés par le droit national ou international. Ces accords visent typiquement à réduire les externalités négatives générées par les gaz à effet de serre, tels que le dioxyde de carbone ou le méthane, émis lors de la production et de la consommation de biens et de services.

165. Les critères d'exemption applicables à ces accords sont en principe identiques à ceux exposés précédemment. Toutefois, la CMA adopte une approche plus souple lorsqu'il s'agit d'apprécier le respect de la troisième condition, à savoir celle de l'avantage équitable pour les consommateurs.

Plutôt que de limiter l'analyse aux clients directs et indirects susceptibles d'être affectés négativement par l'accord (cf. *supra*), la CMA estime qu'un accord climatique peut bénéficier d'une exemption dès lors que les avantages générés profitent à l'ensemble des consommateurs

britanniques, sans devoir répartir ces avantages entre consommateurs « sur le marché » (*in-market*) et « hors marché » (*out-of-market*).

La CMA justifie cet assouplissement par le caractère exceptionnel des menaces liées au changement climatique, soulignant que les accords climatiques visent à réduire des externalités négatives susceptibles d'avoir des effets dévastateurs, tant au Royaume-Uni qu'au-delà de ses frontières[217].

166. **« Accords mixtes »** reconnaissant qu'il est souvent difficile, en pratique, de classer un accord soit exclusivement comme un accord climatique, soit comme un accord de durabilité environnementale au sens strict, la CMA prévoit dans ses lignes directrices qu'une analyse hybride est possible.

Autrement dit, lorsqu'un accord génère à la fois des bénéfices en matière de lutte contre le changement climatique et des bénéfices environnementaux plus larges, ces deux types d'avantages doivent être analysés selon les régimes correspondants :

- les bénéfices climatiques sont évalués selon l'approche plus souple applicable aux accords sur le changement climatique (cf. supra) ;
- les bénéfices environnementaux plus larges sont appréciés selon les règles générales applicables aux ESAs (avec une définition plus restreinte des consommateurs pertinents).

Ce qui est particulièrement important dans cette approche, c'est que la CMA précise que les différents types de bénéfices peuvent être cumulés pour évaluer l'avantage global pour les consommateurs. Autrement dit, les bénéfices liés au changement climatique peuvent s'ajouter aux bénéfices environnementaux généraux.

Par exemple, un accord visant à réduire la déforestation pourrait à la fois contribuer à la réduction des émissions de GES et favoriser la protection de la biodiversité. Grâce à cette approche cumulative, les entreprises pourraient obtenir une reconnaissance complète des impacts positifs de leurs initiatives – comme dans le cas de l'utilisation de matériaux plus durables, où les bénéfices en termes de réduction des émissions viendraient s'ajouter aux avantages liés à la réduction des déchets ou de la pollution.

Il convient toutefois d'observer la manière dont cette approche sera mise en œuvre concrètement par la CMA dans ses futures décisions.

6. Protection contre les amendes et politique de « porte ouverte »

167. Autre différence notable par rapport aux lignes directrices de l'Union européenne : les lignes directrices de la CMA offrent aux entreprises un confort juridique substantiel sur le plan des sanctions financières, dès lors qu'elles suivent ses recommandations ou sollicitent un avis auprès de l'autorité.

168. **« Open-door policy »** - Enfin, la CMA affiche une volonté affirmée d'accompagner les entreprises et de soutenir leurs initiatives durables. Elle a instauré une politique de « porte ouverte », permettant aux entreprises de contacter son groupe de travail sur la durabilité (*Sustainability Taskforce*) pour obtenir une orientation informelle et légère (*light-touch guidance*) sur leurs projets de coopération. Les lignes directrices précisent les modalités de préparation à un échange avec la CMA ainsi que les attentes de l'autorité en la matière.

---

[217] La CMA explique : "Dans le contexte des accords relatifs au changement climatique, il existe une inquiétude quant au fait que ne prendre en compte que les avantages climatiques bénéficiant aux consommateurs du marché pertinent pourrait produire des effets pervers et préjudiciables. Par exemple, si une entreprise envisage de recourir à une source d'énergie permettant de réduire les émissions de carbone — en abandonnant les combustibles fossiles —, mais que cette transition engendre des coûts plus élevés à court terme (la plaçant ainsi dans une situation de désavantage concurrentiel immédiat), elle pourrait hésiter à opérer ce changement, à moins que ses concurrents sur le même marché n'adoptent également cette démarche. La crainte d'un « désavantage du premier entrant » pourrait ainsi l'empêcher de passer à des sources d'énergie plus durables, qui contribueraient pourtant à lutter contre le changement climatique (et bénéficieraient, de ce fait, à l'ensemble des consommateurs du Royaume-Uni) » (traduction libre).

169. Avis WWF et supermarchés - Dans ce cadre, la CMA a par exemple émis un avis à la suite d'une demande du WWF concernant un engagement pris par plusieurs grandes chaînes de supermarchés britanniques de réduire les émissions de gaz à effet de serre dans leurs chaînes d'approvisionnement, en augmentant la proportion de fournisseurs adoptant des objectifs net zéro fondés sur des données scientifiques, de 50 % à 80 %. Cet avis est remarquable à trois égards.

Tout d'abord, il s'agit d'un examen de type « *light touch* », qui semble correspondre aux besoins des entreprises. La CMA a reconnu ne pas disposer de toutes les données qu'un examen idéal exigerait. Elle n'a donc pas pu « *exclure totalement la possibilité d'effets négatifs sur les concurrents ou les consommateurs* », mais elle a estimé que ce risque était « probablement faible » et qu'il existait « *des raisons crédibles de penser que la proposition générerait des bénéfices environnementaux susceptibles de compenser tout effet anticoncurrentiel négatif* » éventuel. Une approche à la fois raisonnable et pragmatique. Ensuite, la CMA a appliqué son approche plus permissive à l'égard des « accords relatifs au changement climatique » (telle que présentée dans ses lignes directrices), en prenant en compte l'ensemble des bénéfices pour les consommateurs britanniques – et non seulement ceux des acheteurs des produits directement concernés. Enfin, conformément à ses lignes directrices vertes, la CMA a garanti qu'aucune amende ne serait infligée au WWF ou aux chaînes de supermarchés concernées, même si elle venait ultérieurement à conclure que les arrangements enfreignent le droit de la concurrence.

I. Tableau comparatif des initiatives européennes

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
Pays-Bas	Juillet 2020 (« First Draft Guidelines on Sustainability Agreements ») Janvier 2021 (« Second Draft Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities Within Competition Law »)	Expliciter comment le droit de la concurrence s'applique aux accords de durabilité, c'est-à-dire mettre en évidence non seulement les opportunités qu'il offre aux entreprises mais aussi les limites qu'il fixe.	Projet de lignes directrices	Tous les accords entre entreprises visant à identifier, prévenir, limiter ou minimiser l'impact négatif des activités économiques sur les personnes (en ce compris leurs conditions de travail), les animaux, l'environnement ou la nature	Interprétation plus souple que celle de la Commission (2023) de la condition de répercussion des avantages sur les consommateurs pour certains accords environnementaux ; acceptation des bénéfices diffus (sociétaux) ; approche pragmatique sur les externalités et les bénéfices hors-marché.	2022 draft guidelines 2021 draft guidelines 2021 Legal Memo	Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM)
	Octobre 2023 « Policy Rule »,	Offrir une sécurité juridique accrue aux entreprises et à leurs accords de durabilité ; clarifier la position de l'ACM quant à deux types d'accords : (i) ceux qui visent à assurer la conformité avec des exigences réglementaires suffisamment précises	Document de prise de position quant à l'application des règles de concurrence aux accords de durabilité	Accords poursuivant un objectif de développement durable	L'ACM offre plus de sécurité juridique en précisant sa position. L'ACM ne contredit pas directement les Lignes directrices de la Commission mais elle indique qu'elle n'entend pas poursuivre certaines pratiques de coopération qui ne sont pourtant pas nécessairement	2023 Policy Rule	Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM)

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
		ou des interdictions ; et (ii) les *environmental-damage agreements*.	*Open door policy* : possibilité d'avis informels		considérées comme autorisées ou légales par la Commission.		
Grèce	2020 (Staff Discussion Paper) 2021 (Rapport technique)	Explorer les synergies entre durabilité et droit de la concurrence ; proposer des méthodes d'évaluation économique des bénéfices environnementaux ; encourager l'innovation réglementaire	Document de réflexion, recommandations, consultation publique, conférence, rapport technique co-écrit avec des experts académiques ; proposition de « sandbox » réglementaire ; appel à lignes directrices	Coopérations entre concurrents dans des projets durables, expérimentations de modèles économiques, évaluation des bénéfices sociaux plus larges (environnement, générations futures)	Approche proactive, intégrant des méthodes issues de l'économie de l'environnement Volonté d'introduire une analyse coûts-bénéfices étendue, y compris pour les générations futures Va plus loin que les Lignes directrices de la Commission en intégrant des outils de l'économie de l'environnement	2020 Staff Discussion Paper 2021 Rapport technique	Autorité hellénique de la concurrence (HCC)
	2021 (consultation publique)	Permettre aux entreprises, notamment PME, d'expérimenter des initiatives durables	Création d'un *sustainability sandbox* ; procédure d'évaluation	Accords entre entreprises, décisions d'associations, comportements unilatéraux ou pratiques	Instrument pionnier à l'échelle de l'UE : première autorité à formaliser un tel	2022 Sustainability Sandbox	Autorité hellénique de la concurrence (HCC)

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
	2022 (mise en œuvre Sustainability Sandbox + modification législative – article 37A)	dans un cadre sécurisé et supervisé ; favoriser une économie verte compatible avec le droit de la concurrence ; améliorer la sécurité juridique des investissements durables	préalable par la HCC; possibilité d'obtenir une lettre de non-intervention du Président de la HCC; modification légale pour encadrer juridiquement l'outil	concertées contribuant significativement au développement durable en Grèce	dispositif ; renforcement proactif du lien entre durabilité et concurrence		
Autriche	2021 (mesure législative)	Favoriser la prise en compte de la durabilité écologique et climatique par le droit de la concurrence national. Envoyer un signal favorable à l'engagement écologique des entreprises.	Exemption individuelle en droit national de la concurrence (article 2, § 1 du *Cartel Act*), accompagnée de guidelines officielles	Applicable uniquement aux accords poursuivant des objectifs écologiques et climatiques ; mais pas limitée aux seuls objectifs de durabilité environnementale juridiquement contraignants	Inclusion explicite des efficiences hors marché (bénéfices collectifs, même sans lien direct avec les consommateurs du marché concerné), présumées suffisantes pour démontrer l'avantage des consommateurs. Clause irréfragable sur la répercussion équitable des bénéfices.	Federal Cartel Act 2005, as amended effective 10 September 2021	Législateur autrichien

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
					Approche plus ouverte mais plus incertaine juridiquement que celle du cadre européen (ex. Lignes directrices de 2023 de la Commission).		
	2022 (Guidelines)	Expliciter le fonctionnement de l'exemption autrichienne	Lignes directrices de l'Autorité fédérale autrichienne de la concurrence (AFCA) sur l'article 2 § 1 du Cartel Act (exemption nationale).	*Idem* que l'exemption	L'exemption ne peut s'appliquer que lorsque le droit de l'UE ne s'applique pas. Cadre restrictif fondé sur une interprétation stricte des bénéfices, excluant la simple redistribution. Obligation de démonstration d'un bénéfice net sociétal.	2022 Guidelines on the application of Sec.2 para.1 Cartel Act to Sustainability Cooperations	Autorité fédérale de la concurrence Autrichienne (AFCA)
France	2023 (consultation publique pour une politique de porte ouverte)	Offrir aux entreprises un cadre pour obtenir des orientations informelles sur la compatibilité de projets de développement durable avec les règles de concurrence.	Politique de « porte ouverte » Communiqué précisant la procédure d'avis informel rendu par l'Autorité de la concurrence (AFC).	Projets durables soulevant des questions complexes au regard du droit de la concurrence. Portée juridique limitée à un avis informel, basé sur les faits exposés.	Aucun régime d'exemption dédié à ce jour ; pas de divergence de fond avec le cadre européen mais mise en œuvre proactive via des avis informels nationaux.	2024 Porte ouverte	Autorité française de la concurrence (AFC)

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
	2024 (communiqué final)	Clarifier les zones d'incertitude juridique, encourager les initiatives durables.		Procédure clairement définie.	Approche procédurale sans valeur contraignante mais facilitatrice pour les entreprises.		
Allemagne	2022 (avis) 2023 (rapport externe sur l'application de l'ensemble du droit de la concurrence aux pratiques de durabilité des entreprises) 2024 (consultation publique)	Permettre une application plus pragmatique et différenciée du droit de la concurrence aux coopérations poursuivant de véritables objectifs durables. Clarifier les critères d'acceptabilité des accords. Initier un débat politique et juridique sur la modernisation du droit de la concurrence pour intégrer les avantages hors-marché et éviter le greenwashing.	Avis individuels du *Bundeskartellamt* sur des initiatives durables (distribution, agriculture, lait) Consultation publique par le Ministère fédéral Rapport externe commandité par le gouvernement pour modernisation potentielle du droit de la concurrence	Accords de coopération entre entreprises dans des secteurs variés (alimentation, agriculture, lait) Application cas par cas selon les objectifs, les effets sur la concurrence, et la présence d'avantages durables identifiables Consultation plus large sur le cadre juridique national applicable aux accords de durabilité	Pas encore de lignes directrices officielles. Expérimentation d'interprétations souples à travers des décisions cas par cas du *Bundeskartellamt*. Rejet des justifications purement économiques (comme la hausse de prix pour rémunérer les producteurs), si non accompagnées d'un bénéfice durable clair. Examen de l'intégration des effets hors-marché dans le cadre législatif, ce qui pourrait aller au-delà du cadre européen actuel.		*Bundeskartellamt* pour les décisions Ministère fédéral des affaires économiques et de la protection du climat pour la commande du rapport et le lancement de la consultation publique

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
Portugal	2024 (consultation publique pour projet de Guide de bonnes pratiques)	Clarifier les conditions de compatibilité des accords entre entreprises à objectifs durables (économiques, sociaux ou environnementaux) avec le droit de la concurrence, sur la base des Lignes directrices de la Commission européenne. Promouvoir une culture de concurrence respectueuse de la durabilité.	Projet de Guide de bonnes pratiques (consultation publique)	Tous les accords entre entreprises visant la durabilité Vise à appliquer le droit national et européen de la concurrence aux initiatives durables Utilise les lignes directrices 2023 de la Commission comme base d'interprétation	Très aligné, sans adaptation significative au contexte national.	Guide	*Autoridade da Concorrência* (PCA)
Italie	2024 (communication sur l'application de l'art. 210 bis, paragraphe 7 du règlement UE n°1308/2013	Examiner les enjeux liés à la durabilité dans le droit de la concurrence et la protection des consommateurs. Appliquer rigoureusement le droit de la concurrence tout en favorisant les objectifs d'intérêt général et l'économie circulaire.	Groupe de travail interne dédié à la durabilité et chargé d'examiner les enjeux liés à la durabilité tant sous l'angle du droit de la concurrence que de la protection des consommateurs	Accords de durabilité conclus entre producteurs agricoles Questions liées aux marchés circulaires Protection des consommateurs	Pas de lignes directrices générales spécifiques, approche pragmatique et rigoureuse Alignement général sur le cadre européen Pas de mesure spécifique nouvelle hormis la		Autorité italienne de la concurrence (AGCM)

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
			Communication officielle (Résolution AGCM) sur application de l'article 210bis du règlement UE 1308/2013 relative aux accords de durabilité conclus entre producteurs agricoles		communication sur les accords agricoles durables (article 210bis)		
Royaume-Uni	2023 (lignes directrices vertes : *Green Agreements Guidance*)	Soutenir la transition vers une croissance bas carbone ; permettre une coopération entre entreprises pour atteindre des objectifs de durabilité environnementale, notamment en matière de changement climatique.	Lignes directrices sur les "Green Agreements" Définition des types d'accords (peu susceptibles d'être anticoncurrentiels, soumis à exemption, ou restrictions accessoires) Cadre d'exemption fondé sur le *Competition Act* 1998 (équivalent art. 101(3) TFUE)	Tous les accords de coopération entre entreprises poursuivant des objectifs de durabilité environnementale (changements climatiques, biodiversité, etc.), y compris les accords horizontaux et verticaux, et les "accords mixtes".	Approche plus permissive que l'UE sur les accords climatiques Bénéfices climatiques peuvent être évalués à l'échelle de l'ensemble des consommateurs (pas uniquement *in-market*) Reconnaissance des avantages à long terme Présomption automatique pour les réductions de GES	2023 Green Agreements Guidance	Competition and Markets Authority (CMA)

Pays	Date de publication	Objectif(s)	Type(s) de mesures	Champ d'application	Divergences avec le cadre européen	Liens	Auteur de la mesure
			Campagne d'information incluant vidéo et feuille de route Présomption de bénéfices pour les réductions de GES Souplesse accrue pour les accords climatiques Méthodologies d'évaluation des bénéfices concurrentiels vs durabilité « *Open door policy* »		Plus de flexibilité sur l'exigence d'avantages équitables pour les consommateurs (3e condition d'exemption) Catégorisation claire des accords peu ou pas anticoncurrentiels		

Partie III. Analyse des pratiques de coopération durable entre entreprises - perceptions, obstacles et leviers d'action face au droit de la concurrence

A. Introduction

Cette partie s'attache à analyser les pratiques concrètes de coopération durable entre entreprises, en s'appuyant notamment sur les réponses à un questionnaire détaillé adressé à un panel d'entreprises opérationnelles en Belgique et actives dans des secteurs variés. Ces questions portaient sur leur implication dans des projets collaboratifs liés à la durabilité, leur perception des règles de concurrence applicables, les difficultés rencontrées, ainsi que leurs attentes vis-à-vis d'un cadre réglementaire adapté. Par ailleurs, cette section intègre également les enseignements tirés d'entretiens qualitatifs ou de recherches permettant d'enrichir l'analyse par des témoignages plus directs. Cette double approche quantitative et qualitative offre ainsi une vision nuancée des réalités actuelles et des besoins des entreprises en matière de coopération durable. L'objectif est de comprendre comment ces entreprises abordent les projets de coopération en matière de durabilité, en particulier en ce qui concerne leur conformité aux règles de concurrence, et les défis rencontrés, au travers de la collecte et l'analyse de données de terrain.

Cette démarche s'inscrit dans le contexte réglementaire en évolution décrit ci-avant. On observe un net renforcement du cadre encadrant les coopérations durables entre entreprises. La Commission européenne ainsi que d'autres juridictions intègrent désormais les objectifs de durabilité dans l'analyse des accords entre entreprises. Les autorités de concurrence reconnaissent les bénéfices potentiels des coopérations en matière de durabilité, tout en poursuivant leurs actions contre les pratiques de collusion ou de *greenwashing*. Dans ce paysage en mutation, il importe de comprendre comment les entreprises perçoivent et s'approprient ce nouvel équilibre entre conformité concurrentielle et objectifs environnementaux et climatiques.

B. Méthodologie

Pour cette étude, nous avons élaboré un questionnaire en ligne, diffusé auprès d'un panel d'entreprises représentatives de divers secteurs d'activité.

Nous avons choisi de mener le questionnaire auprès des entreprises dans un cadre strictement confidentiel, bien que non anonyme, afin de créer les conditions nécessaires à des réponses sincères, nuancées et concrètes. Les sujets abordés (coopération entre concurrents, incertitudes juridiques, perception du greenwashing ou obstacles réglementaires) sont sensibles, tant sur le plan stratégique qu'en matière de conformité. Il nous semble que le fait de garantir aux répondant que leurs propos ne seraient attribués a permis de lever certaines réticences et d'obtenir des retours d'expérience détaillés et authentiques, plus difficilement accessibles en contexte public.

Les entreprises participantes provenaient de secteurs variés, notamment l'énergie, le transport et la logistique, la construction et l'immobilier, la technologie et l'IT, l'agroalimentaire, la finance et l'assurance, la chimie et matériaux, et enfin, les organisations à but non lucratif (ONG). Ce choix nous a permis d'obtenir un panorama diversifié et représentatif de la réalité du tissu économique belge.

Les répondants occupaient diverses fonctions au sein de leurs entreprises. L'échantillon se composait principalement de responsables durabilité ou ESG (58 %), complété par des professionnels des services juridiques ou de conformité (25 %), des cadres en haute direction (8 %) ainsi que des responsables du développement commercial ou des partenariats (8 %). L'ensemble des réponses, au nombre total de 12, a été analysé de manière agrégée afin de préserver l'anonymat de chaque entreprise et de chaque répondant. Toutes les données ont été traitées conformément aux principes de confidentialité, garantissant que ni l'identité des entreprises ni celle des individus ne pourrait être déduite des résultats finaux. Bien que le nombre de participants reste limité, les réponses recueillies offrent un éclairage qualitatif précieux sur les pratiques, perceptions et besoins exprimés par des entreprises issues de secteurs variés, et engagées dans

des démarches de durabilité. Les résultats ne prétendent donc pas à une représentativité statistique exhaustive, ils offrent un aperçu qualitatif éclairant des tendances, perceptions et préoccupations exprimées par les entreprises ayant pris part à l'étude.

Le questionnaire abordait plusieurs thématiques clés : l'implication dans des projets de coopération durable, la perception des règles de concurrence, les obstacles rencontrés lors de la mise en œuvre de ces projets, ainsi que les mesures susceptibles de faciliter les accords entre entreprises dans le respect du droit de la concurrence. Chaque question était accompagnée de propositions de réponses quantitatives, permettant d'extraire des pourcentages afin de quantifier précisément l'état des lieux, mais aussi de recueillir des commentaires qualitatifs et des exemples concrets illustrant les expériences des entreprises.

C. Résultats et analyse des données de terrain

Dans un contexte où les entreprises s'engagent de plus en plus dans des initiatives de coopérations durables avec des partenaires externes, tels que des concurrents, fournisseurs ou clients, il est essentiel de comprendre comment elles perçoivent les règles de concurrence et comment ces perceptions influencent leurs projets collaboratifs. Cette étude vise à explorer ces dynamiques en profondeur, en s'appuyant sur des données recueillies directement auprès des entreprises concernées.

1. Implication dans des projets de coopération durable

L'analyse des réponses révèle que 100 % des entreprises interrogées sont engagées dans des projets de coopération en matière de durabilité.

Ces projets couvrent un large éventail d'initiatives, allant de la réduction des émissions de CO2 et du partage de données environnementales, à la mise en place de collaborations en recherche et développement pour des technologies durables, en passant par des initiatives dans l'économie circulaire, l'agriculture régénérative et l'électrification des transports. Par exemple, certaines entreprises ont évoqué leur collaboration avec des partenaires pour développer des solutions de captage et de stockage du carbone (CCUS), tandis que d'autres travaillent sur des projets de recyclage des déchets de construction afin d'optimiser la circularité des ressources.

Lorsqu'on les interroge sur l'impact des règles de concurrence dans le cadre de projets durables, une partie des répondants (33 %) reconnaît l'existence d'obstacles, tandis qu'une majorité relative (50 %) ne perçoit pas de difficultés majeures, et certains (17 %) expriment une incertitude à ce sujet.

2. Perception des règles de concurrence

Lorsqu'il s'agit de la clarté des règles de concurrence, seulement 25 % des répondants estiment que les règles actuelles permettent de distinguer clairement les accords de durabilité conformes des pratiques potentiellement anticoncurrentielles. Toutefois, un pourcentage non négligeable, soit 58%, demeure incertain quant à la rigueur et à la précision de ces règles, et 17 % estiment qu'il existe une incertitude juridique significative. Cette incertitude tend à freiner davantage les initiatives, en alimentant une zone d'incompréhension où il est difficile pour les entreprises de définir leurs projets sans craindre des répercussions juridiques.

Dans ce contexte, les avis restent partagés quant à l'adéquation du cadre réglementaire actuel pour accompagner les collaborations en matière de durabilité. Seuls 25 % des répondants considèrent que les règles de concurrence sont aujourd'hui suffisamment adaptées pour soutenir de telles initiatives. A l'inverse, 25 % estiment qu'elles devraient être revues et actualisées afin de mieux prendre en compte les spécificités des projets durables. La moitié des répondants (50 %) exprime une incertitude sur ce point, ce qui traduit un manque de lisibilité et de confiance dans l'évolution du cadre réglementaire. Cette absence de consensus souligne l'importance de clarifier les principes applicables et d'instaurer un dialogue plus étroit entre les autorités compétentes et les acteurs économiques engagés dans la transition.

3. Obstacles rencontrés

Les obstacles principaux identifiés par les entreprises concernent, à égalité (42 % des répondants), d'une part le manque de flexibilité des règles actuelles pour soutenir les initiatives durables, et d'autre part le risque d'être accusé de comportement anticoncurrentiel. Viennent ensuite la complexité administrative et juridique des procédures, mentionnée par 33 % des répondants, et le risque d'être accusé de greenwashing, cité par 25 %. L'incertitude quant aux règles applicables est évoquée par 17 % des entreprises, tandis qu'une minorité (8 %) souligne que leurs partenaires étrangers ne maîtrisent pas toujours les subtilités de ces règles, ce qui complique les collaborations transnationales. A noter enfin que 25 % des répondants n'identifient actuellement aucun de ces éléments comme un obstacle.

Par ailleurs, certaines entreprises mettent en lumière un risque particulier pour les leaders du marché qui ont investi lourdement dans des solutions durables. Ces pionniers redoutent qu'une collaboration sectorielle mal encadrée permette à des concurrents moins avancés de capter indûment les fruits de leurs efforts, sans assumer les mêmes risques ou coûts. Cette inquiétude traduit une tension réelle entre l'élan collectif nécessaire à la transition et les impératifs de protection des avantages concurrentiels durement acquis.

Le rapport[218] de 2022 de la Chambre Internationale de Commerce (ICC) met en lumière ce paradoxe : dans le domaine de la durabilité, être le premier acteur à agir ne garantit pas les bénéfices généralement associés à l'innovation. Au contraire, les pionniers supportent souvent seuls les coûts initiaux (investissements, standards plus élevés, résistances de la clientèle ou des actionnaires), sans pouvoir nécessairement les répercuter dans leur prix. Ils peuvent ainsi devenir vulnérables face à des concurrents plus attentistes, mais stratégiquement opportunistes. Cette asymétrie peut freiner l'initiative privée, là où des mécanismes de coopération équilibrés (ou des incitations publiques adaptées) pourraient au contraire soutenir un alignement sectoriel bénéfique à grande échelle. Ces constats appellent à une réflexion sur les conditions de reconnaissance et de protection (voire de compensation) des efforts initiaux, afin de lever les freins à l'engagement collectif sans pénaliser les premiers acteurs mobilisés.

4. Impact sur les projets

Ces difficultés se traduisent concrètement dans la mise en œuvre des projets. En effet, 17 % des entreprises interrogées ont déjà abandonné ou dû reconsidérer une collaboration à cause des préoccupations liées aux règles de concurrence, tandis que 25 % craignent que cela constitue un obstacle à l'avenir. La majorité, soit 58 %, n'a pas encore été directement freinée par ces préoccupations, mais reste néanmoins attentive aux évolutions du cadre réglementaire.

5. Besoins exprimés

Sur le plan des solutions, les entreprises interrogées ont formulé plusieurs recommandations concrètes pour lever les freins identifiés. Une très large majorité (83 %) appelle à la mise en place de lignes directrices claires pour encadrer les collaborations durables. Cette demande de clarté est renforcée par le souhait de voir apparaître des exemptions ou des catégories spécifiques dédiées à ces projets, exprimé par 67 % des répondants.

Par ailleurs, la moitié des entreprises (50 %) estime qu'il serait utile de mettre en place des mécanismes de consultation ou de pré-évaluation des projets, comme des politiques de type « porte ouverte », ainsi que des programmes de guidance en ligne pour les accompagner dans l'interprétation et l'application des règles existantes.

Enfin, 42 % des répondants plaident pour un assouplissement ciblé de certaines règles de concurrence lorsque celles-ci freinent des initiatives durables pertinentes.

Ces propositions traduisent une volonté partagée de lever les incertitudes actuelles et de créer un cadre plus lisible et soutenant pour les entreprises engagées dans la transition.

---

[218] ICC (2022), *When chilling contributes to warming: How competition policy acts as a barrier to climate action.* http://www.iccwbo.org/news-publications/policies-reports/how-competition-policy-acts-as-a-barrier-to-climate-action

6. Préoccupations liées au *greenwashing*

Une question spécifique portait sur les moyens d'éviter que certains accords entre entreprises ne se réclament abusivement de la durabilité pour contourner les règles de concurrence, alors qu'ils relèvent en réalité davantage du greenwashing que d'une véritable ambition environnementale ou sociale. A ce sujet, une nette majorité des entreprises interrogées (67 %) soulignent la nécessité de renforcer l'application des règles contre les déclarations trompeuses en matière de durabilité. Cette demande reflète une volonté claire de s'assurer que les engagements pris soient suivis d'effets concrets et vérifiables.

Par ailleurs, 42 % des répondants recommandent l'instauration d'exigences plus strictes en matière de transparence, notamment via des obligations renforcées de reporting et de publication d'informations. Pour garantir l'intégrité des initiatives, 33 % des entreprises soutiennent la mise en place de mécanismes de vérification indépendante, permettant d'évaluer objectivement la crédibilité des engagements pris.

Cette dernière recommandation souligne la nécessité d'un cadre d'évaluation fiable et impartial. Pour répondre à cette exigence, il pourrait être envisagé la création d'un "comité consultatif scientifique" rassemblant des organisations scientifiques indépendantes et des universitaires spécialisés. Ce comité aurait pour mission d'évaluer les accords de durabilité, en s'assurant de la véracité et de l'efficacité des standards ou labels utilisés, notamment dans des secteurs où la qualité des labels est parfois mise en question, tels que le bois ou l'alimentation biologique. Cette approche permettrait de garantir la crédibilité des initiatives de durabilité tout en évitant de surcharger l'Autorité de la concurrence.

Une autre inquiétude récurrente concerne le cadre insuffisamment strict encadrant la communication des entreprises sur leur durabilité. En l'absence de normes claires et d'un contrôle rigoureux, certaines entreprises peuvent revendiquer un positionnement durable sans prendre de mesures concrètes, faussant ainsi la concurrence et portant atteinte à la crédibilité globale des initiatives durables. Ce phénomène de greenwashing met en lumière la nécessité d'un cadre réglementaire renforcé, capable de sanctionner les pratiques trompeuses et de garantir une concurrence loyale entre acteurs. A cet égard, la directive européenne sur les allégations environnementales (EU Green Claims Directive) représente une avancée majeure. Elle vise à encadrer strictement les déclarations relatives à l'impact environnemental des produits et services, en imposant des critères de vérification et de transparence plus rigoureux. Sa mise en œuvre devrait permettre de réduire les abus dans la communication environnementale, protéger les consommateurs et encourager les entreprises à adopter des pratiques durables réellement fondées, tout en harmonisant les règles au sein du marché européen. Toutefois, son avenir reste incertain. Initialement proposée pour lutter contre le greenwashing en exigeant une justification scientifique et une vérification indépendante des allégations, cette directive a rencontré un manque de soutien politique, notamment de la part du Parti populaire européen (PPE), ainsi que des inquiétudes sur son impact pour les petites et moyennes entreprises (PME). La Commission européenne a même évoqué la possibilité de la retirer, en particulier si les microentreprises ne sont pas exclues de son champ d'application. Bien qu'elle ait ensuite précisé que le texte n'avait pas été formellement retiré, l'hypothèse d'un abandon reste ouverte en fonction des discussions interinstitutionnelles et d'éventuelles révisions de la proposition. Si la EU Green Claims Directive devait finalement être retirée, d'autres cadres européens, comme la directive sur les pratiques commerciales déloyales, continueraient de couvrir certains aspects du greenwashing. Néanmoins, la perte de cet outil dédié constituerait un recul dans la lutte contre les communications environnementales abusives et l'harmonisation des règles au sein du marché unique.

Enfin, 25 % des répondants appellent à une définition plus rigoureuse des accords de durabilité dans le cadre du droit de la concurrence, afin d'éviter toute ambiguïté juridique pouvant être exploitée à des fins opportunistes. Ensemble, ces propositions visent à construire un cadre plus robuste et crédible, à même de distinguer les véritables démarches de durabilité des simples opérations de façade.

Il est intéressant de noter que, malgré ces préoccupations, seules 25 % des entreprises déclarent avoir déjà hésité à conclure un accord de durabilité par crainte qu'il soit perçu comme du greenwashing. Cela montre que si la crainte de réputation existe, elle ne constitue pas un frein systématique à l'action, mais renforce le besoin d'un cadre clair pour agir en confiance.

D. Zoom sur les perspectives d'une entreprise du secteur agroalimentaire

Pour compléter les enseignements quantitatifs de cette étude, une interview a été menée avec une entreprise active dans le secteur agroalimentaire, particulièrement engagée dans des projets de durabilité à différents niveaux de sa chaîne de valeur. Cette entreprise collabore activement avec des agriculteurs, des fournisseurs, et parfois même avec des concurrents, dans le but d'accélérer la transition vers un modèle plus durable, notamment à travers des engagements de réductions d'émissions validés par la SBTi, des pratiques d'agriculture régénérative, et des projets d'automatisation des données environnementales.

Ce témoignage permet de mieux saisir les défis concrets rencontrés sur le terrain par les acteurs économiques lorsqu'ils souhaitent collaborer pour des objectifs durables. Il met notamment en lumière la complexité structurelle interne qui freine une bonne compréhension du cadre légal. Les différents départements (juridique, durabilité, production, etc.) opèrent encore largement en silos, ce qui complique la circulation de l'information et la coordination sur des projets complexes. Il est souvent difficile d'identifier les bons interlocuteurs en interne, en particulier sur des sujets aussi spécifiques que le droit de la concurrence appliqué aux accords de durabilité.

Le droit de la concurrence n'est généralement par perçu comme une contrainte ou un sujet de préoccupation directe pour les départements en charge de la durabilité. Les équipes supposent souvent que le service juridique, via les validations contractuelles, traite ces questions en arrière-plan. Elles n'ont donc pas pleinement conscience des limites juridiques ou des zones grises que certains partages d'informations ou alignement d'actions pourraient soulever. Du côté juridique, les ressources sont parfois limitées et ils ne sont pas toujours consultés de manière systémique, leur intervention se fait plutôt en mode réactif que stratégique. Dans ce contexte, les équipes durabilité avouent parfois naviguer à vue et cela crée une forme de déconnexion entre les ambitions de durabilité et l'encadrement légal, qui reste flou pour beaucoup.

Un enjeu souligné est l'incertitude sur la « ligne rouge » à ne pas franchir lorsqu'il s'agit de partage d'informations entre entreprises : « que peut-on partager, et avec qui ? ». La difficulté réside autant dans l'absence de lignes directrices claires que dans le manque de ressources pour faire le tri dans les nombreuses exigences administratives, techniques ou contractuelles. Pour une entreprise qui gère des centaines, voire des milliers de produits, il est essentiel d'être efficace et de pouvoir se décharger du poids administratif afin de concentrer ses efforts sur des actions à valeur ajoutée, tout en garantissant la conformité et la pertinence des collaborations durables.

Enfin, la question des définitions partagées constitue un autre point de tension important. Adopter une compréhension commune de ce que recouvrent certaines pratiques dites « durables » (comme l'agriculture régénérative ou la notion d'empreinte carbone d'un produit) est essentiel pour garantir une collaboration efficace entre partenaires. Toutefois, les entreprises constatent qu'il manque encore aujourd'hui des définitions claires, précises et reconnues à l'échelle mondiale. Cette absence de référentiels globaux freine la mise en œuvre cohérente de projets durables, tant au sein des organisations qu'avec leurs parties prenantes à l'international. Un cadre harmonisé au niveau européen, voire international, apparaît dès lors comme un levier clé pour faciliter l'alignement entre acteurs et limiter les divergences d'interprétation.

Interrogée sur les leviers à actionner si les autorités de concurrence se disaient prêtes à adapter les règles, l'entreprise plaide pour une approche plus systémique : offrir un accompagnement concret, aider à faire le lien entre enjeux de durabilité et les obligations légales, et surtout, reconnaître que la vitesse de transformation exigée par les enjeux climatiques nécessite de la coopération entre entreprises.

Ce retour d'expérience illustre ainsi, de manière qualitative, plusieurs constats mis en évidence dans l'enquête : un besoin urgent de clarté, de soutien pratique, et d'une meilleure intégration entre les fonctions juridiques et durabilité au sein des organisations.

E. Zoom sur les perspectives d'une association environnementale

Du point de vue d'un acteur de la société civile engagé dans la protection de l'environnement, les règles de concurrence jouent un rôle ambivalent : elles peuvent à la fois soutenir et freiner les dynamiques de collaboration entre entreprises pour accélérer la transition durable. A travers l'exemple d'une organisation internationale de droit de l'environnement, on observe que si ces structures ne sont pas toujours impliquées directement dans des projets de collaboration entre entreprises, elles suivent de très près les dynamiques et les effets réglementaires qui en découlent.

L'association interrogée souligne son soutien aux accords de coopération durable susceptibles d'avoir un impact structurel, comme ceux visant à restreindre le financement ou l'assurance de projets liés aux énergies fossiles. Cependant, elle déplore le recul de nombreuses initiatives emblématiques sous la pression de controverses antitrust, en particulier aux Etats-Unis, où la montée du mouvement « anti-ESG » a provoqué des désengagements massifs.

Cette évolution met en lumière une fragilité : même les initiatives à forte ambition climatique peuvent être rapidement remises en cause si le cadre juridique reste incertain. En effet, plusieurs obstacles majeurs sont identifiés : le manque de clarté sur les règles applicables, la complexité administrative et juridique des démarches, ainsi que le risque d'être accusé de comportement anticoncurrentiel. Ces éléments constituent des freins tangibles, qui amènent certains acteurs à renoncer à des collaborations potentiellement vertueuses.

Par ailleurs, l'association appelle à une meilleure harmonisation des lignes directrices en matière de concurrence durable. Elle souligne que les lignes directrices de l'UE devraient être, a minima, reprises dans le droit belge, et qu'il serait souhaitable d'aller plus loin en s'inspirant de l'approche plus souple adoptée par certaines autorités nationales comme les Pays-Bas ou le Royaume-Uni. Ces approches plus progressistes incluent par exemple des assouplissements sur la notion de « part équitable pour les consommateurs » ou encore des exemples concrets d'accords climat, afin de mieux encadrer les initiatives collectives ambitieuses.

Un autre point d'attention réside dans la nécessité d'éviter les accords de façade. Pour prévenir les risques de greenwashing, l'association plaide pour l'introduction de mécanismes de vérification indépendants des engagements de durabilité entre entreprises. Elle considère qu'un simple alignement formel sur les règles de concurrence ne suffit pas à garantir la sincérité ni l'impact de tels accords.

Enfin, l'organisation souligne une piste complémentaire rarement évoquée : celle d'un usage plus systématique du droit de la concurrence pour sanctionner les pratiques non durables, par exemple via des enquêtes pour entente sur des produits polluants ou abus de position dominante favorisant des comportements climaticides. Cette perspective élargie appelle à repenser la finalité des politiques de concurrence, non pas seulement comme un outil de régulation des marchés, mais aussi comme un levier de transformation durable.

F. Zoom sur les perspectives de la Chambre de Commerce Internationale (ICC)

Dans un contexte où les entreprises font face à une pression croissante pour prendre des mesures concrètes en matière de durabilité, les règles de concurrence apparaissent souvent comme un frein à la coopération nécessaire à la transition. La Chambre de Commerce Internationale (ICC), organisation représentative d'un large éventail d'acteurs économiques mondiaux, plaide pour une évolution structurelle des politiques antitrust afin de permettre, et d'encourager, les initiatives collectives en faveur du climat, de la biodiversité ou de la justice sociale. Dans ses divers rapports

de 2022[219], 2023[220], et 2024[221], l'ICC appelle les autorités de la concurrence à adopter une posture plus proactive, plus cohérente à l'échelle internationale, et plus favorable à la prise de risque collective pour le bien commun.

1. Un manque de clarté juridique qui freine les initiatives durables

L'ICC souligne que les entreprises désireuses de coopérer pour atteindre des objectifs durables sont souvent paralysées par une incertitude juridique : la crainte que leurs actions collectives soient interprétées comme des ententes anticoncurrentielles reste un obstacle majeur. Bien que plusieurs juridictions aient publié des lignes directrices, celles-ci restent souvent incomplètes, fragmentées ou peu opérationnelles.

Ce flou juridique a plusieurs effets négatifs :

- Des initiatives abandonnées avant même d'être présentées aux autorités ;
- Une réticence à partager des données environnementales de peur d'un signalement implicite à la concurrence ;
- Un repli sur des actions individuelles moins efficaces.

2. Les défis liés à la charge de la preuve pour les initiatives durables

Aujourd'hui, ce sont les entreprises qui doivent démontrer que les bénéfices environnementaux ou sociaux d'une coopération justifient une éventuelle atteindre à la concurrence. Cette charge de la preuve, souvent complexe et coûteuse, constitue un frein important : elle peut décourager de nombreuses entreprises d'initier des projets collectifs ambitieux, notamment lorsqu'il s'agit de bénéfices diffus, à long terme, ou difficiles à quantifier.

L'ICC souligne que cette exigence crée une situation délicate, où les entreprises hésitent à s'engager dans des collaborations pro-durabilité par crainte de ne pas pouvoir justifier pleinement les impacts positifs attendus. Cette contrainte peut limiter la portée et l'ampleur des initiatives collectives, freinant ainsi la transition durable.

Pour faciliter ces coopérations, l'ICC invite à reconnaître ces défis dans l'analyse des autorités de la concurrence, afin que l'évaluation des projets de coopération durable tienne compte de la difficulté pour les entreprises de fournir une preuve complète et immédiate des bénéfices collectifs et systémiques.

3. Une approche pragmatique et flexible des autorités est nécessaire

Les rapports appellent les autorités de la concurrence à adopter une approche moins rigide et plus contextualisée. Il s'agit notamment d'évaluer les coopérations en fonction de leur finalité première : si celle-ci est clairement orientée vers des objectifs de durabilité, alors l'analyse devrait intégrer cette finalité dans son cadre d'évaluation, au même titre que les effets sur les prix ou la concurrence.

Cette approche nécessite également la reconnaissance de certaines réalités économiques : dans un contexte de défaillances de marché (ex. : absence de tarification carbone efficace, externalités négatives ignorées par les prix), les coopérations inter-entreprises peuvent devenir des outils

---

[219] ICC (2022), *When chilling contributes to warming: How competition policy acts as a barrier to climate action.* http://www.iccwbo.org/news-publications/policies-reports/how-competition-policy-acts-as-a-barrier-to-climate-action

[220] ICC (2023), Taking the chill factor out of climate action: A progress report on aligning competition policy with global sustainability goals. https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/11/2023-ICC-Progress-report-on-aligning-competition-policy-with-global-sustainability-goals.pdf

[221] ICC (2024), *A sword and a shield: Using competition law to tackle climate change and unsustainable practices.* https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/11/2024-ICC-Using-competition-law-to-tackle-climate-change-and-unsustainable-practices.pdf

correcteurs essentiels. Les autorités devraient donc se montrer plus ouvertes à la publication de lignes directrices, à la validation de cas concrets ou à l'élargissement des zones grises du droit dans un esprit de bienveillance active.

4. Une convergence internationale cruciale pour les initiatives transfrontalières

Un autre point majeur dans les rapports de l'ICC concerne l'absence d'harmonisation entre les juridictions. Chaque pays ou région applique des règles différentes, avec des niveaux de tolérance variés quant aux ententes de coopération durables. Cela rend les projets à portée internationale extrêmement complexes à mettre en œuvre. Il en résulte des coûts administratifs élevés, des délais importants et un risque juridique accru, en particulier dans les régimes où une préapprobation est requise avant mise en œuvre.

L'ICC recommande une meilleure coordination entre autorités et l'importance des forums multilatéraux tels que l'International Competition Network (ICN) et l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) pour favoriser une approche cohérente dans l'évaluation des accords liés à la durabilité, ainsi que pour développer des standards communs et réduire les écarts d'interprétation.

5. Un usage élargi des instruments juridiques existants

Jusqu'à présent, l'attention s'est principalement portée sur la nécessité de faire en sorte que les règles de concurrence ne freinent pas les coopérations entre entreprises visant à rendre leur secteur plus durable. Cette vigilance reste essentielle. Mais l'ICC souligne que d'autres dimensions du droit de la concurrence méritent également d'être mobilisées dans la lutte contre le changement climatique et la transformation des modèles économiques.

Le contrôle des fusions, les règles sur les aides d'État ou encore la lutte contre les abus de position dominante sont autant de leviers existants qui pourraient être utilisés plus activement pour soutenir la transition. Par exemple, dans les juridictions où le droit permet d'agir contre les pratiques abusives de certaines entreprises dominantes, comme dans l'UE ou la plupart des pays européens, rien ne s'oppose juridiquement à ce que ces dispositions soient mises au service de la durabilité. Au contraire : le contexte actuel appelle à les utiliser pour éliminer ou corriger les pratiques les plus nuisibles d'un point de vue environnemental, dès lors qu'elles émanent d'acteurs dominants.

En parallèle, l'ICC indique également que plusieurs de ces entreprises dominantes sont parmi les plus puissantes et les plus influentes du monde économique. Leur engagement dans la transition est crucial. Il est donc tout aussi important de ne pas interpréter à tort leurs efforts en faveur de la durabilité comme des abus de position, ce qui pourrait freiner leur contribution. La prudence doit donc aller dans les deux sens : encourager l'usage des outils répressifs là où des comportements nuisibles se maintiennent, mais aussi sécuriser juridiquement les démarches ambitieuses engagées de bonne foi.

L'ICC invite donc les autorités à envisager une interprétation plus proactive, cohérente et équilibrée de l'ensemble de ces instruments, en cohérence avec l'ampleur de la crise climatique.

6. Réduire les délais et simplifier les processus de pré-autorisation

Les divers rapports abordent les défis liés aux procédures actuelles d'évaluation par les autorités de concurrence, notamment en ce qui concerne les demandes d'approbation préalable. Ces processus sont décrits comme étant longs, coûteux et imprévisibles. Ces lourdeurs découragent les entreprises, surtout lorsqu'elles souhaitent agir rapidement.

L'ICC propose une simplification des procédures, voire leur suppression pour les projets manifestement alignés avec des objectifs de durabilité reconnus (comme ceux soutenus par les Nations Unies ou les politiques européennes de transition). Cette approche vise à réduire les obstacles réglementaires pour les entreprises engagées dans des initiatives durables, en leur

offrant des voies d'approbation plus rapides et plus prévisibles. Cela permettrait de favoriser une adoption plus large et plus rapide des pratiques durables dans divers secteurs économiques.

7. Encourager la remontée de cas réels et la co-construction de jurisprudence

L'ICC insiste sur le fait que pour faire évoluer les lignes directrices, il est indispensable que les entreprises soumettent davantage de cas concrets aux autorités. Cela suppose un changement culturel des deux côtés : les entreprises doivent sortir de leur prudence excessive, et les autorités doivent garantir un cadre accueillant, transparent et sûr pour les échanges préalables.

Une jurisprudence plus riche, construite sur des cas variés, serait bénéfique à tous : elle permettrait aux entreprises de mieux comprendre ce qui est acceptable, et aux régulateurs d'affiner leurs outils.

8. Intégrer pleinement les bénéfices non immédiats, indirects et collectifs

Enfin, un point transversal mais fondamental : les règles actuelles peinent à intégrer les bénéfices collectifs, souvent diffus dans le temps, des initiatives de durabilité. L'analyse coût/bénéfice des autorités est trop centrée sur les effets immédiats sur les consommateurs d'un marché donné.

L'ICC appelle à élargir cette approche, en reconnaissant la valeur économique de la stabilité climatique, de la résilience des écosystèmes, ou de la cohésion sociale. Une telle évolution nécessite une adaptation du cadre d'analyse utilisé par les autorités de la concurrence, indispensable pour que le droit soit au service des grands défis environnementaux actuels.

G. Conclusion de la partie III

L'analyse des données de terrain révèle que les entreprises engagées dans des projets collaboratifs de durabilité perçoivent les règles de concurrence comme un cadre structurant, mais parfois contraignant. Bien que conscientes de l'importance de la conformité, elles expriment des préoccupations quant aux incertitudes juridiques entourant les initiatives de coopération durable. Cette situation souligne la nécessité d'un cadre réglementaire clair, permettant aux entreprises de s'engager dans des initiatives durables sans crainte de transgresser les règles de concurrence.

Les autorités de concurrence et la Commission européenne, conscientes de ces enjeux, ont commencé à adapter leur approche pour soutenir les entreprises dans leurs projets de durabilité. Comme mentionné précédemment, des initiatives telles que la politique de "porte ouverte" de l'Autorité de la concurrence en France (AFC) et les lignes directrices de l'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM) ou de la Grèce (HCC) illustrent cette évolution. Ces démarches visent à offrir aux entreprises un accompagnement proactif, renforçant ainsi la sécurité juridique nécessaire à la mise en œuvre de projets collaboratifs durables.

En conclusion, bien que les entreprises reconnaissent l'importance de la coopération pour atteindre des objectifs durables, elles expriment un besoin de sécurité juridique pour pouvoir s'engager pleinement. Il est donc essentiel que les régulateurs continuent à développer des mécanismes de soutien et de clarification, permettant aux entreprises de concilier efficacement durabilité et respect des règles de concurrence. Les recommandations formulées par les répondants esquissent une voie de progrès : construire un droit de la concurrence compatible avec les impératifs de transition, à la fois protecteur de l'intérêt économique général et catalyseur d'innovations collectives au service de la durabilité.

Constats conclusifs et recommandations

À la lumière de l'analyse approfondie des initiatives mises en œuvre dans plusieurs juridictions européennes, enrichie par le retour d'expérience des entreprises belges, la présente étude met en évidence cinq constats clés et formule une série de pistes concrètes visant à faire évoluer le cadre réglementaire belge applicable à la coopération durable entre entreprises. Elle propose également de définir un ensemble d'actions que la Belgique pourrait entreprendre pour mieux encadrer et encourager les initiatives durables sans compromettre les règles de concurrence.

A. Constats

1. Premier constat

La transition durable de l'économie implique une transformation structurelle des modes de production, de consommation et d'organisation des chaînes de valeur. Si la concurrence entre entreprises reste un moteur fondamental d'innovation, d'amélioration des procédés et de qualité – notamment en matière de durabilité et de réduction des impacts sociaux et environnementaux négatifs –, elle ne peut à elle seule répondre aux défis systémiques posés par la transition sociale et écologique. Celle-ci exige également une coopération renforcée entre entreprises, afin de mutualiser les investissements, établir des standards durables communs ou optimiser les circuits logistiques. Or, cette coopération reste entravée par les incertitudes persistantes entourant l'application des règles de concurrence à de telles initiatives.

2. Second constat

La conciliation entre les objectifs de durabilité et le droit de la concurrence suppose une évolution de la conception traditionnelle du « bien-être du consommateur », historiquement centrée sur les critères de prix, de qualité et de choix. Pour permettre une reconnaissance effective des accords de durabilité par le droit et les politiques de concurrence, il est indispensable d'élargir cette notion en y intégrant les bénéfices environnementaux et sociétaux à moyen et long terme. Ce glissement vers une approche plus holistique du consommateur, déjà amorcé dans certaines pratiques nationales et dans les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (2023) de la Commission européenne, constitue une condition clé pour permettre aux entreprises de coopérer en faveur de la transition durable, sans contrevenir aux règles de concurrence.

3. Troisième constat

Les possibilités pour la Belgique d'adopter des instruments juridiques en soutien aux accords de durabilité entre entreprises sont largement limitées par le droit de l'Union. En pratique, la plupart des ententes entre entreprises présentent une dimension transfrontière et sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, entraînant l'application cumulative du droit belge de la concurrence et des articles 101 et/ou 102 TFUE. Dans ce contexte, le droit national ne peut ni interdire ce que le droit de l'Union autorise, ni autoriser ce que ce dernier prohibe. Cette contrainte est renforcée par l'article 3 du Règlement 1/2003. Un espace d'action subsiste néanmoins : l'article 3, § 3, du même règlement permet aux États membres d'adopter des dispositions poursuivant principalement des objectifs autres que la concurrence – tels que la durabilité –, pour autant qu'elles relèvent d'un cadre juridique distinct. Pour le reste, toute mesure législative ou réglementaire dérogeant au cadre européen ne peut viser que des ententes purement internes, à l'instar de l'exemption prévue en droit autrichien. Celle-ci admet que des accords anticoncurrentiels peuvent être exemptés lorsqu'ils contribuent substantiellement à une économie écologiquement durable ou climatiquement neutre, en présumant que les consommateurs en retirent une part équitable des avantages. Les lignes directrices de l'autorité fédérale autrichienne de la concurrence précisent explicitement que l'exemption fondée sur l'article 2, § 1, du *Cartel Act* ne peut être invoquée que dans les cas où le droit de l'Union ne trouve pas à s'appliquer.

4. Quatrième constat

L'adoption, en 2023, des Lignes directrices de la Commission européenne sur les accords de coopération horizontale constitue une avancée notable, dans la mesure où elles consacrent, pour la première fois, un chapitre spécifique aux accords de durabilité. Ce texte clarifie, élargit et consolide les conditions dans lesquelles de tels accords peuvent être jugés compatibles avec l'article 101 TFUE. Les Lignes directrices rappellent qu'un accord de durabilité ne soulève de problème au regard du droit de la concurrence que s'il constitue une restriction par objet ou produit des effets négatifs sensibles sur la concurrence. À défaut, il échappe au champ d'application de l'article 101, § 1er, TFUE. Elles précisent en outre les hypothèses dans lesquelles certains accords de durabilité peuvent être présumés compatibles avec le droit de l'Union. Surtout, elles explicitent l'application des quatre conditions de l'exemption prévue à l'article 101, § 3, TFUE aux accords de durabilité. Sur ce point, certaines incertitudes subsistent. La possibilité d'exonérer un accord produisant des effets bénéfiques – notamment environnementaux – en dehors du marché en cause, tout en générant une réduction nette du bien-être des consommateurs sur ce même marché, semble en principe exclue. La prise en compte des bénéfices environnementaux collectifs, tant par la Commission que par les juridictions européennes, reste encore sujette à évolution future. Celle-ci pourrait dépendre des besoins concrets exprimés par les entreprises engagées dans des démarches de durabilité. Des questions importantes demeurent également en suspens quant à la quantification de ces bénéfices collectifs et à la possibilité de prendre en compte des effets positifs produits en dehors du territoire de l'Union.

5. Cinquième constat

Dans ce contexte, marqué par un encadrement européen plus abouti mais encore difficile à appréhender et à transposer aux différentes configurations d'accords de durabilité, certaines autorités de concurrence ont pris l'initiative de préciser leur propre approche en la matière. D'une part, la publication de lignes directrices nationales leur permet d'expliciter leur interprétation des lignes directrices de la Commission et d'illustrer leur raisonnement au moyen d'exemples concrets. D'autre part, l'adoption de telles lignes directrices, combinée à la mise en place de politiques de type « portes ouvertes » spécifiquement dédiées aux initiatives de durabilité, envoie un signal clair aux entreprises quant à la manière dont l'autorité entend appréhender ces accords et, plus largement, quant à son ouverture à une évolution des finalités traditionnelles de la politique de concurrence. L'exemple de l'Autorité néerlandaise de la concurrence (ACM) est à cet égard particulièrement révélateur : sa position résolument progressiste et innovante en matière d'accords de durabilité a conduit de nombreuses entreprises, issues de secteurs variés, à lui soumettre leurs projets pour évaluation.

B. Recommandations

Les propositions qui suivent visent à éclairer les autorités publiques sur l'opportunité de doter la Belgique d'outils juridiques et institutionnels permettant d'encourager les initiatives de durabilité portées par les entreprises, tout en assurant leur conformité avec le droit de la concurrence. Elles reposent à la fois sur les retours d'expérience des acteurs économiques et sur l'analyse comparative des approches adoptées dans d'autres juridictions. L'enjeu de ces mesures nationales est double : (i) garantir une concurrence loyale et dynamique, et (ii) répondre aux exigences environnementales et sociales croissantes. Il s'agit ainsi de dépasser une approche strictement punitive pour offrir un cadre propice aux coopérations constructives et durables.

Il convient de souligner, en amont, qu'une modification du cadre législatif belge ne nous paraît, à ce stade, ni indispensable, ni particulièrement pertinente. Depuis l'adoption en 2023 par la Commission européenne des nouvelles Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, et notamment du chapitre spécifique consacré aux accords de durabilité, les conditions de compatibilité de tels accords avec l'article 101 TFUE ont été largement clarifiées et précisées. Deux raisons principales militent par ailleurs en faveur du *statu quo* législatif :

1. Toute réforme nationale du droit de la concurrence serait d'effet limité, dans la mesure où elle ne pourrait s'appliquer qu'aux accords n'ayant aucune dimension transfrontalière – ce qui constitue une hypothèse limitée au regard de la réalité économique.

2. Une divergence trop marquée par rapport au cadre européen risquerait d'entraver l'objectif premier exprimé par les entreprises : plus de lisibilité et de sécurité juridique pour leurs initiatives durables. Il existe en effet un risque de divergence réglementaires et donc d'insécurité juridique en cas d'adoption d'une approche plus favorable que l'approche européenne à l'égard des accords de durabilité.

Dans cette perspective, il nous semble que les efforts devraient se concentrer sur le renforcement des outils d'interprétation, d'accompagnement et de coordination, à même de soutenir les entreprises dans la conception et la mise en œuvre de projets à la fois conformes aux règles de concurrence et utiles d'un point de vue environnemental et social.

1. Recommandation 1 – Clarifier : Elaborer des lignes directrices belges

La Belgique pourrait utilement publier des **lignes directrices nationales** destinées à :

- faciliter la compréhension de la position de la Commission européenne en ce qui concerne les accords de durabilité ;
- fournir des exemples concrets et contextualisés de formes de coopération compatibles et incompatibles avec les règles de concurrence, en tenant compte des spécificités du tissu économique belge et des acteurs concernés.

Ces lignes directrices pourraient s'inspirer des approches plus pragmatiques développées par l'ACM (Pays-Bas) ou la CMA (Royaume-Uni), qui intègrent une lecture plus large des bénéfices sociétaux et environnementaux[222] et illustrent leurs analyses par des cas concrets. Elles pourraient initialement être ciblées sur un ou plusieurs secteurs à fort enjeu de durabilité (par exemple : agroalimentaire, construction, logistique/distribution). En outre, elles gagneraient à opérer des distinctions claires au sein de la catégorie, très vaste, des *accords de durabilité*, en identifiant les différentes typologies (par exemple : accords environnementaux purs, accords sociaux, accords liés à des obligations réglementaires, etc.) et en précisant les implications concrètes de ces distinctions sur la méthode d'analyse concurrentielle applicable.

Ces lignes directrices pourraient préciser :

- quels sont les accords qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'affecter négativement l'un des paramètres de la concurrence et qui n'entrent dès lors pas dans le champ d'application des articles 101, § 1er, TFUE/IV.1, § 1er, CDE ;
- comment fonctionne l'exemption prévue à l'article 101, § 3, TFUE/IV.1, § 3, CDE, y compris en ce qui concerne l'analyse et la quantification des gains d'efficience hors marché et non économiques, et leur répercussion sur les consommateurs ;
- les méthodes acceptées de prise en compte des bénéfices environnementaux, notamment en raison de leur temporalité différée et de leur caractère souvent non quantifiable ;
- l'ordre logique dans lequel il convient d'examiner la compatibilité d'un projet de coopération durable avec les règles de concurrence ;
- quelles sont les limites du partage d'information entre les entreprises parties à un accord de durabilité ;
- la distinction entre engagements durables authentiques et pratiques de *greenwashing* potentiellement anticoncurrentielles.

Afin d'accompagner la publication des lignes directrices nationales sur les accords de durabilité, le SPF Economie et/ou l'ABC pourraient envisager la mise en place d'**une plateforme numérique** dédiée à la fois pédagogique et interactive. Ce portail centraliserait plusieurs outils et ressources à destination des entreprises :

- les textes officiels (lignes directrices belges et européennes, avis, communications), éventuellement accompagnés de résumés en langage accessible aux non-juristes ;

[222] Soulignons toutefois qu'une interprétation des règles relatives aux ententes laissant davantage de marge aux entreprises en matière d'accords de durabilité que celle retenue par la Commission européenne pourrait générer une insécurité juridique si elle n'était pas strictement limitée aux ententes purement internes.

- des fiches sectorielles illustrées (ex. : agroalimentaire, construction, …) présentant les types de coopérations fréquentes et leur évaluation au regard du droit de la concurrence ;
- des cas pratiques commentés, anonymisés, pour illustrer les formes d'accords acceptables ou à risque, inspirés de situations belges réelles ou hypothétiques ;
- un outil d'auto-diagnostique en ligne, permettant aux entreprises de s'auto-positionner en fonction de la nature de leur projet de coopération ;
- une section FAQ évolutive, alimentée par les questions reçues via les dispositifs de guidance ou d'accompagnement ;
- le cas échéant, un espace de webinaires ou de capsules vidéo, à destination des entreprises, animés par le SPF Economie, des experts de l'ABC, des juristes spécialisés ou d'acteurs de terrain.

La mise en place d'un tel outil favoriserait une meilleure accessibilité à une information claire, contextualisée et actualisée. Elle contribuerait également à renforcer le dialogue entre les autorités publiques et les entreprises désireuses de s'engager dans des démarches de durabilité en conformité avec le droit de la concurrence.

2. Recommandation 2 – Guider : Mettre en place un accompagnement *ex ante* des coopérations durables

Un dispositif de **guidance volontaire préalable** (« *open door policy* ») auprès de l'ABC permettrait aux entreprises de soumettre en amont leurs projets de coopération durable, par exemple au travers d'un formulaire intelligent, et d'obtenir une première appréciation informelle et motivée de leur compatibilité avec le droit de la concurrence. Cet espace intégrerait un canevas type pour structurer les demandes, un espace d'échange sécurisé avec les services de l'ABC, et un système de suivi pour tracer les étapes du traitement.

Ce mécanisme pourrait être complété par :

- un dispositif accéléré de type « *green fast track* » pour certaines initiatives à impact environnemental ou climatique avéré. Ce sous-module, avec traitement accéléré et retour priorisé, afficherait clairement les critères de recevabilité.
- un accompagnement structuré sous forme de « sandbox » réglementaire, à l'instar de celui développé par l'autorité grecque de la concurrence, permettant un encadrement sécurisé des projets de coopération durable.

Les modalités de ce système devraient être clairement définies, idéalement au sein des lignes directrices évoquées ci-dessus et préciser :

- les informations à transmettre par les entreprises ;
- les délais de traitement ;
- la portée juridique et les limites des retours fournis par l'ABC.

À cet égard, les orientations informelles publiées par l'Autorité française de la concurrence (AFC) pourraient constituer une source d'inspiration utile.

La mise en place d'une politique de type *portes ouvertes*, éventuellement accompagnée d'un mécanisme de *sandbox*, constitue un levier important pour favoriser l'émergence d'accords de durabilité conformes au droit de la concurrence. Toutefois, pour en garantir la légitimité, l'efficacité et la pérennité, trois exigences complémentaires nous paraissent devoir être prises en compte.

Premièrement, la publication – le cas échéant sous forme anonymisée – des décisions ou prises de position rendues dans le cadre de cet accompagnement renforcerait la transparence et encouragerait l'apprentissage collectif. Cette publication pourrait prendre la forme d'une

bibliothèque, consistant en une base de données regroupant les retours déjà émis par l'ABC, accessible aux entreprises souhaitant s'informer sur des cas comparables[223].

Deuxièmement, il conviendrait de structurer l'accompagnement des entreprises dans leurs projets de coopération durable comme un processus évolutif, assorti d'évaluations régulières des projets en cours. Ces évaluations permettraient de vérifier, au fil de la mise en œuvre, la conformité des projets aux règles de concurrence ainsi que la concrétisation effective des avantages sociaux ou environnementaux initialement avancés. L'insertion d'une clause de réexamen périodique dans les avis informels rendus par l'ABC permettrait, en cas d'évolution des connaissances scientifiques ou des impacts observés, de réviser, suspendre ou retirer le soutien ou la reconnaissance associée à une solution jugée durable[224]. Cela étant, afin de garantir la sécurité juridique et de préserver la confiance des acteurs économiques, toute entreprise ayant agi de bonne foi dans le cadre d'un accord explicitement validé explicitement par les autorités compétentes devrait bénéficier d'une protection contre les effets rétroactifs négatifs d'une révision ultérieure.

3. Recommandation 3 – Evaluer les dispositifs

Afin d'assurer l'efficacité, la transparence et l'adéquation des dispositifs d'accompagnement mis en place — notamment dans le cadre d'une politique de type « portes ouvertes » ou d'un mécanisme de *sandbox* —, il est recommandé :

- de concevoir ces dispositifs comme évolutifs, susceptibles d'être ajustés en fonction des retours d'expérience issus de leur mise en œuvre ;
- de prévoir une évaluation périodique (par exemple tous les deux ans), associant l'ABC, les entreprises bénéficiaires, les praticiens du droit, les universitaires ainsi que les parties prenantes issues de la société civile.

À cette fin, il pourrait être envisagé de constituer un comité d'évaluation et d'innovation pour la coopération durable, réunissant des représentants de l'ABC, d'entreprises utilisatrices, de praticiens du droit, d'universitaires et d'organisations de la société civile actives dans le domaine. Ce comité aurait pour mission d'assurer le suivi régulier des outils déployés, de recueillir les retours d'expérience, de formuler des propositions d'ajustement concrets, et de recommander des évolutions adaptées. Sur une base annuelle, il pourrait établir un bilan qualitatif et quantitatif des dispositifs existants, fondé sur des indicateurs partagés et des consultations structurées. Un tel mécanisme garantirait une amélioration continue et co-construite de l'accompagnement proposé, en adéquation avec les besoins opérationnels des acteurs économiques et les évolutions du cadre européen et international.

4. Recommandation 4 - Sanctionner : Lutter plus fermement contre le greenwashing

La cohérence de l'action publique en matière de concurrence et de durabilité suppose que la promotion des coopérations vertueuses s'accompagne d'une répression renforcée des pratiques abusives, en particulier du *greenwashing*. A cette fin, plusieurs pistes peuvent être envisagées :

---

[223] Voir par exemple l'ACM (https://www.acm.nl/en/search?type%5Bpublication%5D=publication&keyword=All&sort_by=search_api_relevance) ou l'Autorité française de la concurrence (AFC) (https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/article/lautorite-publie-ses-premieres-orientations-informelles-en-matiere-de-developpement-durable).

Sauf erreur, les avis informels rendus par l'ABC quant à l'application des règles de concurrence ne sont par contre pas publiés. Seuls sont publiés les communiqués de presse (ex : https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20230330_ComPres_11_ABC_0.pdf)

[224] Voy. à cet égard les Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, *JO*, C/2023/1446, 8 décembre 2023, points 130 et suivants, notamment le fait que « *l'article 210 bis ne requiert pas d'analyser la couverture du marché d'une restriction de concurrence pour déterminer si la restriction est indispensable. En revanche, la couverture du marché peut donner lieu à une intervention a posteriori des autorités de concurrence si elle conduit à un degré élevé d'effets négatifs sur le marché* ».

- reconnaître expressément le *greenwashing* comme circonstance aggravante, notamment lorsque des ententes restrictives de concurrence interviennent dans des secteurs liés à la durabilité (ex. : énergies renouvelables) ;
- soutenir la création de mécanismes indépendants de vérification des engagements en matière de durabilité, en lien avec des experts scientifiques, les milieux académiques et associatifs. Cela pourrait se traduire par la mise en place d'une instance d'évaluation indépendante, liée au comité d'évaluation et d'innovation mentionné ci-dessus, et chargée d'analyser, de manière transparente et documentée, la crédibilité des engagements pris par les entreprises. Cette instance pourrait publier des rapports réguliers et formuler des recommandations publiques en cas d'écart significatif entre les engagements annoncés et les actions réellement entreprises.

5. Recommandation 5 : Coordonner – Renforcer l'alignement européen et international

Enfin, la Belgique devrait veiller à l'articulation étroite de ses initiatives avec le cadre européen. Cela implique :

- de garantir la cohérence du droit belge avec les lignes directrices de la Commission et les initiatives en cours (ex. : *Green Deal*, *Net Zero Industry Act*) ;
- de participer activement aux instances internationales (OCDE, International Competition Network) afin de promouvoir une convergence réglementaire sur les accords de durabilité ;
- de contribuer à l'élaboration de standards communs, visant à limiter les divergences entre juridictions et à sécuriser les projets transnationaux.

6. Recommandation 6 : Sensibiliser – Outiller les entreprises pour naviguer entre coopération durable et droit de concurrence

Pour que les entreprises puissent s'engager sereinement dans des coopérations en matière de durabilité, il est essentiel que le droit de la concurrence ne soit plus perçu comme une source d'incertitude ou d'obstacle. Faute d'informations claires et accessibles, certaines initiatives risquent d'être abandonnées ou mal conçues, alors qu'elles pourraient parfaitement s'inscrire dans le cadre juridique existant. Une meilleure compréhension de ce cadre permettrait d'éviter que des projets ne soient écartés par excès de prudence ou lancés sans garanties suffisantes. Le SPF Économie et l'ABC pourraient jouer un rôle clé dans la diffusion d'une culture de compréhension, de dialogue et de confiance. Cela implique un effort de sensibilisation ciblée, reposant sur des formats accessibles et concrets : capsules vidéo, infographies, webinaires, interventions lors de salons professionnels ou dans les médias spécialisés. Ces supports devraient mettre en valeur des exemples réels de coopérations durables conformes au droit de la concurrence.

Au-delà de ces campagnes, l'organisation d'ateliers thématiques et sectoriels, partout en Belgique, en partenariat avec les fédérations professionnelles, *clusters* ou chambres de commerce, permettrait d'instaurer un lien direct et régulier entre les autorités et les acteurs économiques. Ces moments d'échange offriraient un espace pour partager les bonnes pratiques, poser des questions concrètes et lever les incertitudes juridiques persistantes.

Cette logique de proximité pourrait être renforcée par la création d'un réseau de « référents concurrence et durabilité » au sein des fédérations sectorielles ou des organisations professionnelles. Ces référents joueraient un rôle de relais d'information, de veille et de médiation auprès des autorités compétentes.

SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie

Rue du Progrès 50
1210 Bruxelles
N° d'entreprise : 0314.595.348
economie.fgov.be