

## **L'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence de l'Union européenne**

**Auteur** : Narinx, Raphaël

**Promoteur(s)** : Van Cleynenbreugel, Pieter

**Faculté** : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme** : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

**Année académique** : 2021-2022

**URI/URL** : <http://hdl.handle.net/2268.2/14700>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

# **L'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence de l'Union européenne**

**Raphaël NARINX**

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :  
Monsieur Pieter VAN CLEYNENBREUGEL  
Professeur de droit européen



## RÉSUMÉ

L'Union européenne se présente aujourd'hui comme une figure de proue de la lutte contre le réchauffement climatique. Afin de protéger plus efficacement l'environnement, l'Union européenne promet en effet d'investir, par l'intermédiaire de projets ambitieux comme le *Green Deal* ou le Plan de relance post Covid-19, dans le verdissement de son économie en favorisant les initiatives de développement durable dont les incidences négatives sur l'environnement sont fortement diminuées.

Toutefois, le droit de la concurrence de l'Union européenne actuel ne paraît pas s'être encore adapté à cette nouvelle volonté politique des dirigeants européens. En effet, la modernisation du droit de la concurrence et le choix assumé de la Commission d'adopter une analyse purement économique des pratiques anticoncurrentielles mettent en échec les accords de coopération conclus entre entreprises afin de répondre à des préoccupations de développement durable. Ces accords sont généralement perçus comme anticoncurrentiels en ce qu'ils génèrent souvent une augmentation des prix ou une baisse de production. En outre, ils bénéficient rarement d'exemptions car les effets positifs de tels accords, de type qualitatif, entrent difficilement dans l'analyse économique privilégiée par la Commission.

Le présent travail s'attache à étudier comment des objectifs de développement durable peuvent être plus efficacement pris en considération par le droit de la concurrence et ce, particulièrement, lorsqu'ils sont envisagés dans des accords de coopération entre entreprises.

La première partie du travail se focalise sur le concept juridique de développement durable. Pour ce faire, nous retraçons brièvement l'origine du concept et analysons comment il est juridiquement intégré dans les traités de l'Union européenne. Sans être exhaustif, nous envisageons aussi comment le concept de développement durable est promu dans certains projets actuels menés par l'Union européenne.

Dans une deuxième partie, nous comparons la manière dont les accords de développement durable conclus par des entreprises étaient reçus par le droit de la concurrence avant sa modernisation au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle avec la façon dont ils sont aujourd'hui appréhendés principalement sous l'angle de la doctrine économique dite du « consumer welfare ».

La troisième partie du travail analyse les arguments juridiques des auteurs remettant en cause « l'approche plus économique » de la Commission et plaidant pour une refonte totale du droit de la concurrence de l'Union européenne afin de permettre la poursuite de nouveaux objectifs plus favorables au développement durable.

Enfin, dans une dernière partie, nous examinons les différentes solutions actuellement avancées par des experts et par certaines autorités nationales de la concurrence pour intégrer des objectifs de développement durable au sein du droit de la concurrence de l'Union européenne.



## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier le Pr. Van Cleynenbreugel pour son aide et ses précieux conseils tout au long de ce travail exigeant. Il a su tirer le meilleur de moi. Sa vision du droit est positive, inspirante et source de motivation.

A ma famille, merci de me soutenir pleinement dans tous mes projets même les plus difficiles.

## Table des matières

<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>I. L'intégration du concept de développement durable dans le droit de l'Union européenne</b> .....	<b>3</b>
<b>A. Les origines du concept juridique de développement durable</b> .....	<b>3</b>
1) L'évolution du concept juridique de développement durable au fil des Conférences internationales .....	3
2) L'importance d'un équilibre entre les trois dimensions du développement durable ..	7
<b>B. Le concept juridique de développement durable dans le droit de l'Union européenne</b> .....	<b>8</b>
1) L'intégration dans le droit primaire .....	8
2) L'influence du concept de développement durable dans le droit dérivé .....	10
<b>II. La réception d'initiatives de développement durable au fil du temps</b> .....	<b>14</b>
<b>A. Avant la modernisation : approche centralisée et flexible</b> .....	<b>14</b>
<b>B. La modernisation du droit de la concurrence de l'UE</b> .....	<b>18</b>
<b>III. Arguments des partisans d'une refonte du droit de la concurrence</b> .....	<b>22</b>
<b>A. État des lieux des arguments</b> .....	<b>22</b>
1) L'importance d'initiatives de nature privée en matière environnementale .....	22
2) Critiques formulées à l'encontre de l'approche plus économique.....	24
<b>B. Difficultés pratiques : la mesure des gains d'efficacité de type qualitatif</b> .....	<b>28</b>
<b>IV. Solutions possibles</b> .....	<b>32</b>
<b>A. Vers une adaptation du droit de la concurrence en fonction des besoins du marché</b> .....	<b>32</b>
1) La doctrine des restrictions accessoires au travers de l'article 101(1) TFUE.....	33
2) Les solutions au sein de l'article 101(3) TFUE .....	38
<b>B. Les solutions par la réglementation et les recommandations</b> .....	<b>41</b>
1) Arguments en faveur de la voie législative.....	42
2) Vers plus de recommandations : les accords de normalisation .....	43
<b>V. Conclusion</b> .....	<b>49</b>
<b>VI. Bibliographie</b> .....	<b>52</b>
<b>A. Législations</b> .....	<b>52</b>
1) Sources conventionnelles de droit international et de droit primaire de l'Union européenne .....	52
2) Les actes de droit dérivé de l'Union européenne.....	52
<b>B. Doctrine</b> .....	<b>53</b>
1) Ouvrages .....	53
2) Articles.....	53
<b>C. Jurisprudence</b> .....	<b>56</b>
<b>D. Autres sources</b> .....	<b>57</b>





## INTRODUCTION

Le droit européen de la concurrence est aujourd'hui confronté à un certain nombre de questions importantes liées au développement durable de l'Union européenne. Le changement climatique, la protection de l'environnement ou encore les problèmes de santé publique mis en évidence par la pandémie de Covid-19 sont autant de préoccupations de la génération actuelle de dirigeants<sup>1</sup>. Pour relever ces défis, l'Union européenne a récemment adopté un plan de relance de 1,8 milliard d'euros visant à reconstruire « *une Europe moderne et plus durable* » après la crise du Covid-19<sup>2</sup>. Ce plan de relance doit s'ajouter au projet du *Green Deal* présenté par la Commission pour encourager la réalisation d'une société européenne climatiquement neutre à l'horizon 2050<sup>3</sup>.

Portés par ce regain d'intérêt pour les politiques durables, certains plaident aujourd'hui pour que le droit de la concurrence évolue lui aussi. Selon eux, le droit de la concurrence devrait poursuivre d'autres objectifs que la pure efficacité économique et intégrer des aspects environnementaux, sociaux, d'emploi et industriels. Un tel projet remet en question l'approche plus économique que la Commission a suivie spécialement depuis la fin des années 1990 jusqu'à présent et qui, selon ce mouvement réformiste, a empêché le développement d'initiatives durables.

Afin de comprendre la tension qui existe entre un droit de la concurrence strictement fondé sur des considérations économiques et un droit de la concurrence intégrant des initiatives de développement durable, nous nous intéresserons tout d'abord au concept juridique de développement durable. Nous retracerons brièvement son origine et analyserons la manière dont il est juridiquement intégré dans le droit primaire de l'Union européenne ainsi que son influence sur certaines politiques actuelles de la Commission. Dans la deuxième partie du travail, nous examinerons comment l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

---

<sup>1</sup> Discours sur l'état de l'Union 2020 de la présidente von der Leyen en session plénière du Parlement européen disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu\\_2020\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu_2020_fr.pdf), consulté le 26 mars 2022; M. VESTAGER, « Competition and sustainability » (GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy, Brussels, 24 October 2019) disponible sur [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability_en), consulté le 26 janvier 2022 ; Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel sur la politique de concurrence, P8\_TA(2019)0062, 31 janvier 2019.

<sup>2</sup> Communication de la Commission – Le budget de l'Union: moteur du plan de relance pour l'Europe, COM (2020) 442 final, 27 mai 2020.

<sup>3</sup> Communication de la Commission – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, 11 décembre 2019.

européenne (ci-après TFUE) était appliqué avant l'adoption du règlement 1/2003 et l'introduction de « l'approche plus économique » et envisagerons l'impact négatif que ces réformes ont eu sur l'intégration du développement durable au sein du droit de la concurrence de l'Union européenne. Nous aborderons, dans une troisième partie, les avantages et les inconvénients des arguments de ceux qui plaident pour une refonte du droit de la concurrence de l'Union européenne afin de poursuivre de nouveaux objectifs plus favorables au développement durable. Enfin, nous examinerons de façon critique les différentes solutions envisagées par des experts et par certaines autorités nationales de la concurrence pour intégrer des objectifs de développement durable au sein du droit de la concurrence de l'Union européenne.

A titre de remarque préliminaire, nous souhaitons avertir le lecteur que le présent travail ne portera que sur la façon dont le droit européen de la concurrence appréhende les accords de coopération entre entreprises qui contiennent des objectifs de développement durable. Seul l'article 101 TFUE retiendra par conséquent notre attention.

Rappelons en synthèse que l'article 101(1) TFUE interdit les accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou effet d'attenter à la concurrence à l'intérieur du marché intérieur<sup>4</sup>. Les accords qui entrent dans le champ d'application de l'article 101(1) TFUE sont nuls de plein droit. L'article 101(3) TFUE prévoit toutefois, à titre d'exception, que certains accords tombant sous le coup de l'article 101(1) TFUE sont autorisés/exemptés pourvu qu'ils remplissent quatre conditions cumulatives : (i) les accords doivent créer des gains d'efficacité économiques ; (ii) les gains d'efficacité doivent bénéficier aux consommateurs ; (iii) les accords doivent être indispensables pour obtenir les gains d'efficacité ; et (iv) les accords n'éliminent pas toute concurrence. Bien que les quatre conditions doivent être remplies, nous nous concentrerons plus particulièrement sur les deux premières, car le débat sur la durabilité se concentre particulièrement sur la nature des avantages et des bénéficiaires qui peuvent être pris en compte<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Pour une synthèse de l'application de l'article 101 TFUE, voy. not. N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, Larcier, Collection de la faculté de droit de Liège, 2013, pp. 390 à 413.

<sup>5</sup> M. GASSLER, « Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, 2021, pp. 430 à 442.

# **I. L'INTÉGRATION DU CONCEPT DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

Cette première partie a pour ambition d'analyser les conséquences de l'intégration du concept juridique de développement durable dans le droit de l'Union européenne. Afin d'éviter l'écueil d'une définition vague de cette notion, nous tenterons de préciser sa signification en nous intéressant préalablement à ses origines qui se trouvent principalement dans le droit international environnemental (Section A). Nous examinerons ensuite comment cette notion de droit international fut intégrée dans le droit primaire de l'Union européenne et constaterons brièvement son influence dans de récents actes de droit dérivé (Section B).

## **A. LES ORIGINES DU CONCEPT JURIDIQUE DE DÉVELOPPEMENT DURABLE**

Le concept juridique de développement durable fit son apparition dans le droit international de l'environnement dès les années 1970 et fut depuis précisé à de nombreuses reprises par des instruments normatifs internationaux. Sans vouloir être exhaustif, nous examinerons, dans un premier temps (1), trois moments-clés dans l'évolution du concept juridique de développement durable : la Conférence de Stockholm où la protection de l'environnement fut pour la première fois associée au développement économique (a), la Conférence de Rio au terme de laquelle la notion de développement durable fut véritablement consacrée dans le droit international (b) et, finalement, la Conférence de Johannesburg qui donna au concept sa forme définitive en y intégrant une dimension sociale (c). Dans un second temps (2), nous constaterons qu'au terme de ces conférences, la nécessité d'un équilibre entre les trois piliers du concept apparaît comme l'élément central de sa définition.

### ***1) L'évolution du concept juridique de développement durable au fil des Conférences internationales***

#### **a) La Conférence de Stockholm : la combinaison de la protection de l'environnement aux préoccupations économiques**

La notion de développement durable apparaît pour la première fois en 1972 dans le droit international de l'environnement lors de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement (ci-après la Conférence de Stockholm).

La Conférence de Stockholm fut, sans nul doute, un événement fondateur dans la protection internationale de l'environnement. Les vingt-six principes contenus dans la Déclaration de Stockholm résultèrent en effet de la prise de conscience des acteurs internationaux de la nécessité de lutter plus efficacement en faveur de l'environnement et de mieux utiliser les ressources naturelles<sup>6</sup>. Toutefois, parvenir à un tel accord mondial ne fut pas chose aisée tant les intérêts des pays développés et ceux en voie de développement s'opposaient. Il était en effet indispensable de trouver un équilibre entre la volonté affichée d'États industrialisés en faveur d'un niveau élevé de protection de l'environnement et l'aspiration d'autres États de se développer économiquement en utilisant, le cas échéant, leurs précieuses ressources naturelles<sup>7</sup>. Par conséquent, en vue de susciter l'intérêt et l'adhésion des États en voie de développement à la question environnementale, un consensus fut trouvé : lier la protection de l'environnement au développement économique<sup>8</sup>. Sans consacrer formellement le concept juridique de développement durable, la Conférence de Stockholm posa néanmoins les bases d'un équilibre entre des préoccupations *a priori* contradictoires qui sous-tend l'évolution du droit de l'environnement jusqu'à aujourd'hui<sup>9</sup>.

### **b) La Conférence de Rio : la consécration du concept juridique de développement durable et la recherche incessante d'un « équilibre »**

A la suite du travail important fourni par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement en 1987, l'Assemblée générale des Nations Unies décida de convoquer la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement à Rio de Janeiro en 1992 (ci-après Conférence de Rio) afin de valider politiquement les principaux enseignements relatifs au développement durable formulés dans le rapport de la Commission, mieux connu sous le nom de Rapport Brundtland<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> A. AKNIN et al., « Environnement et développement. Quelques réflexions autour du concept juridique de développement durable » *Développement durable ? Doctrines, pratiques, évaluations*, J.Y. Martin (dir.), Paris, IRD Editions, 2002, pp. 51 et suivantes.

<sup>7</sup> V. BARRAL, *Le développement durable en droit international*, 1<sup>ère</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 39 à 41 ; PH. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 2003, p. 38.

<sup>8</sup> M. SHAW, *International Law*, 8<sup>e</sup> éd., CUP, 2017, p. 644.

<sup>9</sup> V. BARRAL, *op. cit.*, p. 44.

<sup>10</sup> A. S. TIMOSHENKO, « From Stockholm to Rio: The Institutionalisation of Sustainable Development », *Sustainable Development and International Law*, W. Lang (dir.), Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1995, pp. 143-160. Pour des développements supplémentaires sur le Rapport Brundtland, voy. V. BARRAL, *ibidem.*, pp. 55 à 65 et PH. SANDS, *ibidem.*, pp. 48 à 50.

Toujours à la recherche d'un équilibre entre les intérêts des pays en voie de développement et la protection de l'environnement<sup>11</sup>, la Déclaration de Rio donna une véritable assise juridique au concept de développement durable<sup>12</sup>. En effet, bien que formellement non contraignante, la Déclaration consacra définitivement le couple « environnement – développement ».

Sans définir formellement le concept, la Déclaration énumère une série de principes constitutifs du concept de développement durable ou indispensables pour permettre sa réalisation. Tel est par exemple le cas du principe 5 qui pose l'éradication de la pauvreté comme l'une des conditions indispensables du concept ou encore le principe 12 qui consacre la nécessité d'avoir un système économique international de libre-échange pour atteindre l'objectif de développement durable pour tous les pays<sup>13</sup>.

Pour certains, le principe 4 de la Déclaration qui énonce que « Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément » est la disposition qui incarne le mieux l'idée de développement durable<sup>14</sup>. Il s'agit en effet de la première référence de droit international consacrant le principe d'intégration des préoccupations environnementales. Il impose à toute autorité compétente de prendre en considération la protection de l'environnement lorsqu'elle entend développer une nouvelle politique de type économique<sup>15</sup>. L'environnement et le développement économique sont ainsi considérés définitivement comme interdépendants<sup>16</sup>.

En fin de compte, la Déclaration de Rio eut pour principal résultat d'ancrer définitivement le couple « environnement – développement » dans le droit international de l'environnement. Au

---

<sup>11</sup> Voy. en particulier le Principe 7 de la Déclaration de Rio qui reconnaît le concept de « responsabilités communes mais différenciées ». Tous les États sont responsables de la dégradation de l'environnement mais à des échelles différentes.

<sup>12</sup> V. BARRAL, *op. cit.*, pp. 70 à 73 ; A. AKNIN et al., *op. cit.*, p. 58.

<sup>13</sup> V. BARRAL, *ibidem*, pp. 73 à 75.

<sup>14</sup> M. A. FITZMAURICE, *International Protection of the Environment*, Leiden Boston : Martinus Nijhoff, Collection Académie de droit international de La Haye, 2002, p. 52.

<sup>15</sup> S. CAUDAL, « Retour comparatiste sur l'intégration : les destinées contrastées du principe », M. A. Mekouar et M. Prieur (dir.), *Droit, humanité et environnement*, 1<sup>ère</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 211 à 218.

<sup>16</sup> M. PAQUES et C. VERCHEVAL, *Droit wallon de l'Urbanisme*, 1<sup>ère</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 21 à 25. Pour une étude plus approfondie du principe 4 de la Déclaration de Rio, voy. V. BARRAL et P.-M. DUPUY, « Principe 4: Sustainable Development through Integration », J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, pp. 157 à 180.

terme de la Conférence de Rio, le développement durable n'était cependant encore empreint que d'une conception bidimensionnelle.

### **c) La Conférence de Johannesburg : vers l'intégration d'une dimension sociale**

La Déclaration de Johannesburg de 2002 adoptée à la suite de la Conférence du même nom n'ambitionnait pas de formuler de nouveaux principes définissant le développement durable mais a surtout cherché à réaliser les objectifs de la Déclaration de Rio en mettant l'accent sur la nécessité d'entretenir une plus grande coopération internationale<sup>17</sup>.

Sans qu'il y ait eu une volonté des acteurs internationaux de remettre en cause le couple « environnement – développement », il convient néanmoins de constater que la Déclaration de Johannesburg a intégré une dimension sociale au concept de développement durable qui était jusque-là absente des préoccupations des Déclarations de Stockholm et de Rio<sup>18</sup>. Particulièrement difficile à appréhender, la finalité sociale du développement durable se caractérise par des initiatives promouvant la meilleure distribution des richesses, la lutte contre la pauvreté et contre les inégalités...<sup>19</sup> Ces objectifs transparaissent dans les engagements énumérés dans la Déclaration de Johannesburg. Citons, à titre d'exemple, le Point 18 de la Déclaration de Johannesburg où l'accès à l'eau potable, aux soins de santé ou en encore à l'éducation est considéré comme un objectif prioritaire<sup>20</sup>.

Un troisième pilier apparaît ainsi dans la définition du développement durable. Cette dernière est désormais constituée de trois dimensions d'égale importance, interdépendantes et

---

<sup>17</sup> V. BARRAL, *Le développement durable en droit international*, pp. 103 à 104.

<sup>18</sup> V. BARRAL, *ibidem.*, pp 101 à 103.

<sup>19</sup> J.-L. DUBOIS et FR.-R. MAHIEU, « La dimension sociale du développement durable : réduction de la pauvreté ou durabilité sociale », *Développement durable ? Doctrines, pratiques, évaluations*, J.Y. Martin (dir.), Paris, IRD Editions, 2002, pp. 73 à 93.

<sup>20</sup> Point 18 de la Déclaration de Johannesburg : « Nous nous félicitons que le Sommet de Johannesburg ait été axé sur l'indivisibilité de la dignité humaine et nous sommes résolu à accroître rapidement, en prenant des décisions sur les objectifs, les calendriers et les partenariats, l'accès à des biens ou services aussi élémentaires qu'une eau salubre, des systèmes d'assainissement, un logement convenable, l'énergie, les soins de santé la sécurité alimentaire et la protection de la biodiversité. Dans le même temps, nous travaillerons de concert pour nous aider mutuellement à accéder aux ressources financières, à tirer parti de l'ouverture des marchés, à assurer le renforcement des capacités, à utiliser les technologies modernes pour favoriser le développement et à garantir les transferts de technologie, le développement des ressources humaines, l'éducation et la formation, afin que soit banni pour toujours le sous-développement ».

complémentaires<sup>21</sup> qui forment ensemble un véritable équilibre : protection de l'environnement, développement économique et progrès social.

## ***2) L'importance d'un équilibre entre les trois dimensions du développement durable***

Établir une définition juridique du concept de développement durable n'est pas chose aisée. Si les auteurs de doctrine s'accordent généralement à exprimer qu'il s'agit d'une notion essentielle du droit de l'environnement qui crée un nouveau paradigme de réflexion pour la protection de l'environnement<sup>22</sup>, personne ne parvient en revanche à formuler une liste exhaustive des éléments qui la composent<sup>23</sup>.

Face à ce concept qui reste vague et ambigu<sup>24</sup>, les organisations internationales et les auteurs de doctrine s'attèlent surtout à décrire les conséquences qui en découlent<sup>25</sup>. Parmi ces conséquences, l'une retient particulièrement notre attention : un équilibre entre les trois dimensions du développement durable doit être constamment recherché<sup>26</sup>. Les trois piliers sont en effet complémentaires et d'égale importance<sup>27</sup>. Dans une optique de plus grande protection de l'environnement, cet équilibre constitue à la fois une force mais aussi une faiblesse. Une force car, conformément au principe d'intégration tel que consacré par l'article 4 de la Déclaration de Rio, la protection de l'environnement doit toujours être prise en considération lorsqu'une autorité compétente entend développer une nouvelle politique de type économique ou social. Une faiblesse car rien n'indique que la protection de l'environnement prévale systématiquement sur les autres importants intérêts économiques et sociaux de projets peu respectueux de l'environnement.

---

<sup>21</sup> Point 5 de la Déclaration de Johannesburg : « Aussi assumons-nous notre responsabilité collective, qui est de faire progresser et de renforcer, aux niveaux local, national, régional et mondial, les piliers du développement durable que sont le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, qui sont interdépendants et qui se renforcent mutuellement ».

<sup>22</sup> Pour une vision critique de la notion de développement durable, voy. G. FIEVET, « Réflexions sur le concept de développement durable : prétention économique, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *R.B.D.I.*, 2001/1-2, pp. 128 à 134.

<sup>23</sup> PH. SANDS, *op. cit.*, pp. 252 à 266 ; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, 1<sup>ère</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19 à 21.

<sup>24</sup> G. FIEVET, *op. cit.*, pp. 135 à 143.

<sup>25</sup> PH. SANDS, *op. cit.*, pp. 252 à 256.

<sup>26</sup> J. NOWAG, *Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper*, OECD, 2020, pp. 11 à 14.

<sup>27</sup> M. PAQUES et C. VERCHEVAL, *op. cit.*, pp. 21 à 25.



## **B. LE CONCEPT JURIDIQUE DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

Dans cette section, nous examinerons tout d'abord comment le concept juridique de développement durable fut intégré dans le droit primaire de l'Union européenne (1) avant d'envisager brièvement l'influence grandissante qu'il exerce sur certains actes de droit dérivé (2).

### ***1) L'intégration dans le droit primaire***

Le concept de développement durable n'apparaît que dans trois dispositions de droit primaire de l'Union européenne. Si ces références au concept de développement durable peuvent *a priori* paraître limitées, force est de constater que leur influence sur les autres politiques de l'Union européenne est susceptible d'être importante.

La notion de développement durable figure tout d'abord dans l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE ») au sein des dispositions communes sous-jacentes à l'organisation de l'Union européenne. Cet article 3 dispose en son paragraphe 3 : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ». Par cette formule, l'on constate que le droit européen intègre les enseignements du droit international de l'environnement en se concentrant principalement sur les conséquences qui découlent du concept juridique de développement durable et en recherchant l'équilibre entre ses trois dimensions<sup>28</sup>.

La portée juridique de la notion de développement durable contenue à l'article 3(3) TUE n'est toutefois pas facile à déterminer. S'agit-il d'un simple objectif général que l'Union est invitée à promouvoir à travers ses actions ou à l'inverse d'un principe juridique contraignant au même titre que les principes de prévention, de précaution et de pollueur-payeur contenus à l'article

---

<sup>28</sup> P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 112 à 113.

191 TFUE ? Pour l'heure, à défaut de décision de la Cour de justice, cette question continue de faire débat au sein de la doctrine<sup>29</sup>.

Ce débat sur la portée juridique de l'article 3(3) TUE ne doit pas faire oublier qu'il existe deux autres dispositions de droit primaire qui mobilisent, elles aussi, le concept juridique de développement durable. Il s'agit des articles 11 TFUE et 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte de l'UE ») qui consacrent le principe d'intégration des préoccupations environnementales dans le droit européen<sup>30</sup>. L'article 11 TFUE dispose en effet que : « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable » tandis que l'article 37 de la Charte de l'UE, intitulé « Protection de l'environnement » prescrit que : « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

Comme exposé *supra*, le principe d'intégration dans la matière du développement durable impose la prise en compte des exigences de protection de l'environnement préalablement à la mise en œuvre d'une nouvelle politique<sup>31</sup>. Aux termes des articles 11 TFUE et 37 de la Charte de l'UE, ce n'est donc qu'en intégrant les exigences environnementales dans l'ensemble des actions de l'Union que l'objectif/principe de développement durable défini à l'article 3(3) TUE peut être atteint.

Il convient de préciser que le principe d'intégration, même s'il ne correspond pas à un principe général de droit de l'Union sanctionnable à ce titre par la Cour de justice, est néanmoins porteur, pour certains auteurs, d'une obligation juridique<sup>32</sup>. En d'autres termes, l'Union européenne est légalement tenue, pour l'ensemble des actions et politiques qu'elle met en œuvre, de prendre en compte la protection de l'environnement<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> P. THIEFFRY, *ibidem*, pp. 112-113 ; E. TRUILHÉ-MARENGO, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 1<sup>re</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 135 à 140 ; M. PRIEUR, *op. cit.*, pp. 368 à 376.

<sup>30</sup> S. CAUDAL, *op. cit.*, pp. 218 à 223.

<sup>31</sup> Voy. *supra* développements sur le principe 4 de la Déclaration de Rio.

<sup>32</sup> C. VERDURE, « La protection de l'environnement à la suite du Traité de Lisbonne : quelles conséquences liées à la consécration du principe de cohérence ? », *C.D.E.*, 2017/2, pp. 474 à 475 ; N. HERVÉ- FOURNEREAU, « Le "principe" d'intégration des exigences de la protection de l'environnement : essai de clarification juridique », *Liber Amicorum Jean Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, p. 663.

<sup>33</sup> C.J.C.E., 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684, points 72 et 73.

Comme il sera développé plus précisément *infra*, les tenants d'un droit de la concurrence plus en phase avec des objectifs de durabilité basent une partie de leur argumentaire à partir de cette considération. Selon eux, le droit de la concurrence ne ferait pas figure d'exception et devrait, comme toutes les autres matières où l'Union européenne est compétente, poursuivre l'objectif/principe de développement durable contenu à l'article 3(3) TUE. Or, cet objectif/principe n'est atteignable que si le droit de la concurrence intègre dans son analyse des problèmes de concurrence notamment des préoccupations environnementales.

Rappelons toutefois dès à présent que cette obligation de « prendre en considération » les préoccupations environnementales ne signifie pas que ces dernières primerait systématiquement sur les autres politiques de l'Union européenne<sup>34</sup>. Fidèles aux enseignements internationaux et au respect de l'équilibre entre les trois dimensions du développement durable, les articles 3(3) TUE, 11 TFUE et 37 de la Charte de l'UE, ne donnent d'ailleurs aucune priorité à l'environnement<sup>35</sup>.

Il résulte des dispositions analysées qui précèdent que le concept juridique de développement durable figure à plusieurs reprises dans le droit primaire de l'Union européenne. Bien que sa qualification juridique – objectif ou principe – ne soit pas encore clairement identifiée, il demeure que le concept est susceptible d'exercer, par l'intermédiaire du principe d'intégration, une véritable influence sur l'ensemble des politiques menées par l'Union européenne.

## ***2) L'influence du concept de développement durable dans le droit dérivé***

Depuis 2019, le concept de développement durable a été mobilisé à de multiples reprises par les institutions européennes afin de justifier l'adoption de nouvelles législations, en particulier dans le domaine environnemental. Ces nouvelles politiques s'inscrivent notamment dans la volonté affichée par la Commission européenne dans le *Green Deal* et, plus récemment, dans le Plan de relance post Covid-19, de procéder à un « verdissement » général de l'économie de l'Union européenne<sup>36</sup>. Ces deux initiatives ne se limitent pas à énumérer de simples orientations

---

<sup>34</sup> C. VERDURE, *op. cit.*, pp. 476 à 477.

<sup>35</sup> C. VERDURE, *ibidem*, pp. 480 à 481.

<sup>36</sup> Communication de la Commission – Le budget de l'Union: moteur du plan de relance pour l'Europe, COM (2020) 442 final, 27 mai 2020 ; Communication de la Commission – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, 11 décembre 2019.

environnementales mais visent à « transformer l'économie et la société [de l'Union européenne] pour les placer sur une trajectoire plus durable »<sup>37</sup>.

Si les préoccupations environnementales sont, sans conteste, le moteur des récentes interventions législatives des institutions européennes, les deux autres dimensions du développement durable, l'économie et le social, se retrouvent aussi au centre de leurs réflexions. Certains projets actuels de l'Union européenne ont en effet la particularité de mêler les trois piliers du concept de développement durable démontrant ainsi leur complémentarité et leur interdépendance.

Tel est par exemple le cas du récent règlement (UE) 2020/852, plus communément appelé « Règlement Taxonomie »<sup>38</sup>. En synthèse, le Règlement Taxonomie entend mettre en place un système de classification unifié des activités économiques considérées comme « durables » ou « vertes » afin de réorienter les investissements de capitaux vers ces activités durables<sup>39</sup>. En d'autres termes, le législateur européen souhaite établir des critères permettant de déterminer le degré de durabilité environnementale des activités économiques en vue de favoriser les investissements dans ces activités<sup>40</sup>. En imposant que les activités économiques poursuivent des objectifs environnementaux tels que l'atténuation ou l'adaptation au changement climatique pour être qualifiées de durables, le législateur européen combine sans conteste les piliers économique et environnemental du développement durable. Cette prépondérance du binôme « économie – environnement » ne doit pas faire oublier la présence du pilier social dans la législation<sup>41</sup>. L'article 18 du Règlement Taxonomie instaure en effet des garanties minimales en matière sociale rendant ainsi indispensable que, pour qu'une activité puisse être qualifiée de

---

<sup>37</sup> Communication de la Commission – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, 11 décembre 2019, p. 2.

<sup>38</sup> Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088, *J.O.U.E.*, L 198/13, 22 juin 2020.

<sup>39</sup> Voy. considérant 6.

<sup>40</sup> P.-E., PARTSCH, « Cadre général européen de la finance durable » Th. Tilquin, *et al.* (dir.), *Les instruments de droit des sociétés et de droit financier de l'économie durable*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 91-116 ; D. MISONNE, « Chroniques. Droit du climat et de l'environnement », *J.D.E.*, 2021/6, pp. 319 à 321.

<sup>41</sup> Voy. considérant 6 in fine qui énonce que « [d]'autres considérations concernant des activités qui contribuent à d'autres objectifs en matière de durabilité, y compris les objectifs sociaux, pourraient être élaborés ultérieurement ». Voy. également le Projet de taxonomie sociale disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/sf-draft-report-social-taxonomy-july2021\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/sf-draft-report-social-taxonomy-july2021_en.pdf).

durable sur le plan environnemental, elle satisfasse à des critères sociaux élémentaires définis dans certains instruments internationaux comme les conventions de l'OIT.

La « Loi européenne sur le climat » constitue une autre illustration récente de l'influence du concept de développement durable dans le droit dérivé de l'Union européenne<sup>42</sup>. Le législateur européen entend, au moyen de cette législation, intensifier les efforts de l'Union et des États membres dans la lutte contre les dérèglements climatiques en imposant une réduction des gaz à effet de serre de 55% d'ici 2030 et une neutralité climatique pour 2050<sup>43</sup>. Cela étant, comme cela apparaissait déjà dans la communication de la Commission annonçant le *Green Deal*, la Loi climat ne se limite pas à instaurer des objectifs climatiques plus ambitieux mais entend surtout adapter l'économie et la société au changement climatique afin de permettre une transition environnementale socialement juste et économiquement viable<sup>44</sup>. Par ailleurs, la Loi climat se réfère expressément, en son article 5, au principe d'intégration des préoccupations environnementales contenu à l'article 37 de la Charte de l'UE ainsi qu'à une meilleure prise en considération d'objectifs sociaux dans tous les domaines d'action de l'Union<sup>45</sup>. Enfin, chose intéressante pour les accords de développement durable conclus entre entreprises dans le cadre du droit de la concurrence, le législateur européen enjoint à la Commission, par l'article 10 de la Loi climat, de faciliter le dialogue et les partenariats sectoriels en matière de climat de façon à encourager les secteurs de l'économie à élaborer des feuilles de route volontaires indicatives et à programmer leur transition vers la réalisation de l'objectif de neutralité climatique<sup>46</sup>.

Au terme de ces deux exemples, il ressort que le législateur européen s'est pleinement emparé du concept juridique de développement durable contenu dans le droit primaire en le mobilisant dans de récents actes de droit dérivé. Si les réflexions du législateur européen se concentrent pour l'heure principalement sur les piliers économique et environnemental du concept de développement durable, la dimension sociale reste aussi au centre de ses préoccupations et sera, à l'avenir, davantage développée. L'interdépendance et la complémentarité des trois

---

<sup>42</sup> Règlement (UE) 2021/1119 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»), *J.O.U.E.*, L 243, 9 juillet 2021.

<sup>43</sup> D. MISONNE, *op. cit.*, p. 319.

<sup>44</sup> Voy. les considérants 4 et 14.

<sup>45</sup> Voy. également le considérant 6.

<sup>46</sup> Voy. également le considérant 7.

dimensions du concept juridique de développement durable, telles qu'on les retrouvait déjà dans l'article 3(3) TUE, se retrouvent ainsi confirmées.

## **II. LA RÉCEPTION D'INITIATIVES DE DÉVELOPPEMENT DURABLE AU FIL DU TEMPS**

Dans cette deuxième partie, nous mettons en évidence la manière dont les accords de coopération conclus entre entreprises contenant des objectifs de développement durable furent appréhendés par le droit européen de la concurrence au fil de son évolution historique. Les réformes du droit de la concurrence opérées par la Commission à la fin des années 1990 et au début des années 2000 constituent sans aucun doute un moment charnière dans la réception de ce type d'accords : avant ces réformes, le droit de la concurrence appréhendait plus favorablement les accords durables qu'il ne le fait actuellement. En vue d'expliquer ce contraste, nous procédons dans cette partie en deux temps : nous analysons d'abord comment de tels accords étaient reçus avant les réformes du droit de la concurrence (Section A) pour ensuite nous concentrer sur la période s'étendant après leurs entrées en vigueur (Section B).

Avant d'effectuer cette analyse, nous souhaitons encore attirer l'attention du lecteur sur le fait que la doctrine, qu'elle soit anglophone ou francophone, qualifie cette période de réformes de « modernisation » du droit de la concurrence. Bien que l'utilisation de cette notion ne soit pas neutre en ce qu'elle est empreinte, comme nous le verrons *infra*, d'une idéologie néolibérale<sup>47</sup>, nous faisons le choix de l'employer afin d'éviter des discordances inutiles par rapport aux auteurs auxquels nous nous référons.

### **A. AVANT LA MODERNISATION : APPROCHE CENTRALISÉE ET FLEXIBLE**

Avant la modernisation du droit européen de la concurrence qui eut lieu à la fin des années 1990 et au début des années 2000, la mise en œuvre de l'actuel article 101 TFUE était principalement centralisée entre les mains de la Commission européenne qui ne procédait pas encore à une analyse économique systématique des accords et pratiques anticoncurrentiels des entreprises<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> I. LIANOS, « Polycentric Competition Law », *Current Legal Problems*, vol. 71(1), 2018, pp. 161 à 165.

<sup>48</sup> D. GERBER, « Two Forms of Modernization in European Competition Law », *Fordham Int'l LJ*, vol. 31(5), 2008, pp. 1235 et suivantes.

D'un point de vue institutionnel, le règlement n°17/62<sup>49</sup> conférait à la Commission le pouvoir de déterminer la politique de concurrence au sein de la Communauté<sup>50</sup>. En effet, pour ce qui concerne spécifiquement l'application de l'article 81 CE, ancêtre de l'actuel 101 TFUE, le règlement imposait aux entreprises de notifier leurs accords à la Commission pour que cette dernière en examine le contenu et se prononce sur l'existence ou l'absence de problèmes de concurrence<sup>51</sup>. Au terme de cet examen pour lequel la Commission était exclusivement compétente, elle pouvait décider d'octroyer des exemptions individuelles pour des accords aux effets anticoncurrentiels limités<sup>52</sup>. En d'autres termes, sous l'empire du règlement n°17/62, l'application de l'article 81(3) CE (aujourd'hui article 101(3) TFUE) était le monopole de la Commission, l'intervention des autorités nationales de la concurrence et des juges nationaux étant exclue<sup>53</sup>.

D'un point de vue substantiel, la Commission avait pris l'habitude, lors de la procédure d'octroi d'exemptions, d'adopter une approche plutôt souple, sans se référer à aucune ligne directrice économique prédéfinie<sup>54</sup>. Les situations d'exemption étaient en effet déterminées sur la base d'une analyse au cas par cas<sup>55</sup>. La Cour de justice avait en outre avalisé dans l'arrêt *Métro I* le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'inclure dans son raisonnement non seulement des considérations économiques, mais aussi des objectifs plus larges d'intérêt général<sup>56</sup>. Cette approche flexible et la reconnaissance d'un certain pouvoir discrétionnaire ont permis à la Commission de prendre en compte des facteurs non économiques tels que l'emploi<sup>57</sup>, des

---

<sup>49</sup> Règlement (CEE) n°17 du Conseil du 21 février 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *J.O.U.E.* n°13, p. 204, 21 février 1962.

<sup>50</sup> D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, 1<sup>ère</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1064 à 1066.

<sup>51</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *Competition Law: Analysis, Cases, and Materials*, Oxford, OUP, 2019, pp. 56 à 62.

<sup>52</sup> D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, pp. 1064 à 1066.

<sup>53</sup> H. SCHWEITZER, *Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship: The Example of Art. 81 EUI Working Paper*, *Law*, 2007/30, 2007, pp. 5 à 8.

<sup>54</sup> O. BROOK, « Struggling With Article 101(3) Tfeu: Diverging Approaches Of The Commission, Eu Courts, And Five Competition Authorities », *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, pp. 131 à 136 ; B. WARDHAUGH, « Crisis Cartels: Non-Economic Values, the Public Interest, and Institutional Considerations », *European Competition Journal*, vol. 10, 2014, p. 312.

<sup>55</sup> A. C. WITT, « Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order », *European Competition Journal*, vol. 8, 2012, pp. 445 à 447.

<sup>56</sup> C.J.C.E., 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, point 21.

<sup>57</sup> Comm. Déc. 93/49/CEE, 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*), *J.O.U.E.*, L 20, 28 janvier 1993.



objectifs environnementaux<sup>58</sup> et industriels<sup>59</sup> ou même la protection de la santé publique<sup>60</sup> lorsqu'elle évaluait si un accord portant atteinte à la concurrence devait être exempté.

Parmi les décisions de la Commission, son approche flexible et plutôt discrétionnaire se reflète, à notre avis, particulièrement bien dans deux affaires.

Dans l'affaire *Ford/Volkswagen*, la Commission exempta un accord qu'elle avait pourtant jugé anticoncurrentiel sur la base de l'article 85(1) du traité CEE (actuel 101(1) TFUE) en prenant notamment en considération des objectifs sociaux. L'accord litigieux visait à implanter une usine commune au Portugal qui produirait un véhicule similaire pour les deux constructeurs automobiles. Bien qu'il résultait du projet une baisse de la concurrence entre Ford et Volkswagen, la Commission considéra que le progrès technique offert par l'accord ainsi que l'impact extrêmement positif sur l'emploi dans cette région de la Communauté constituaient des avantages justifiant l'octroi d'une exemption<sup>61</sup>.

La décision *CECED* illustre, quant à elle, l'approche flexible de la Commission en matière environnementale. Dans cette affaire originale, un accord conclu entre des producteurs de lave-linges visait à arrêter la production et l'importation des machines les moins performantes d'un point de vue énergétique. Un tel accord comportait des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81(1) du traité CE (actuel article 101(1) TFUE) en ce qu'il: i) réduisait la concurrence entre les acteurs du marché ; ii) limitait le choix des consommateurs ; iii) générait une augmentation des coûts de production ce qui occasionnait *in fine* une hausse des prix pour les consommateurs. Malgré ces restrictions contraires au droit de la concurrence, la Commission décida d'exempter l'accord sur la base de l'article 81(3) TFUE compte tenu des avantages économiques et environnementaux qu'il présentait. Pour la Commission, l'accord permettait non seulement aux consommateurs directs de réaliser rapidement des économies importantes d'électricité grâce à des lave-linges moins énergivores mais aussi de réduire les coûts de pollution pour la société dans son ensemble<sup>62</sup>. L'originalité de la décision *CECED* tient à la méthode d'évaluation de la réduction des coûts de pollution utilisée par la Commission. Cette

---

<sup>58</sup> Comm. Déc. 2000/475/CE, 24 janvier 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV.F.1/36.718 – *CECED*), *J.O.U.E.*, L 187, 26 juillet 2000.

<sup>59</sup> Comm. Déc. 94/296/CE, 29 avril 1994, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/34.456 – *Stichting Baksteen*), *J.O.U.E.*, L 131/15, 26 mai 1994.

<sup>60</sup> Comm. Déc. 94/770/CE, 6 octobre 1994, relative à une procédure engagée en vertu de l'article 85 du traité CEE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/34.776 – *Pasteur Mérieux-Merck*), *J.O.U.E.*, L 309/1, 2 décembre 1994.

<sup>61</sup> Voy. les points 23 et 36 de la Décision *Ford/Volkswagen* précitée.

<sup>62</sup> Voy. les points 52 à 57 de la Décision *CECED* précitée.

dernière opéra en effet de façon assez discrétionnaire en basant son analyse sur des « estimations ou hypothèses raisonnables » des coûts externes liés à l'émission de gaz polluants sans jamais fournir aucune justification<sup>63</sup>.

Précisons dès à présent que l'originalité de la décision *CECED* continue à faire couler beaucoup d'encre dans la doctrine. Les tenants d'une réforme du droit de la concurrence y puisent un argument de poids démontrant, selon eux, la possibilité d'intégrer des objectifs de développement durable tandis que les opposants à une telle réforme fustigent l'absence de critères clairs d'évaluation des bénéfices environnementaux.

Comme le démontrent notamment les décisions *Ford/Volkswagen* et *CECED*, la Commission pouvait, grâce à une approche souple, plus facilement exempter des initiatives que l'on qualifierait aujourd'hui de durables même si elles étaient susceptibles de nuire à la concurrence, et ce, pour autant qu'elles étaient en mesure d'apporter des avantages positifs sur le long terme<sup>64</sup>.

Bien qu'une telle approche donnât plus de flexibilité à la Commission, elle fit également l'objet de critiques en raison de son manque d'analyse économique rigoureuse, considérée comme essentielle à la sécurité juridique<sup>65</sup>. En outre, aucune limite claire n'était imposée au pouvoir discrétionnaire de la Commission, ce qui augmentait le manque de prévisibilité quant à l'application des règles de concurrence<sup>66</sup>.

Face à ces critiques, la Commission reconnut à la fin des années 1990 et au début des années 2000 que l'interprétation et l'application des règles de concurrence nécessitaient une nouvelle approche<sup>67</sup>. En outre, en raison de l'élargissement prévu de l'Union européenne dans les années 2000, elle admit également que le système d'application centralisé n'était plus approprié et qu'une plus grande implication des États membres dans la mise en œuvre des règles était devenue souhaitable<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Voy. le point 56 de la Décision *CECED* précitée.

<sup>64</sup> A. C. WITT, *op. cit.*, pp. 445 à 453.

<sup>65</sup> A. C. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Bloomsbury Publishing Plc, 2017, pp. 10 à 11 ; D. GERBER, *op. cit.*, pp. 1245 et 1246.

<sup>66</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2019, p. 34.

<sup>67</sup> D. GERBER, *op. cit.*, pp. 1245 et 1246

<sup>68</sup> Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, 28 avril 1999, Programme de la Commission n°99/027, COM (1999) 101 final, *J.O.U.E.*, C 132/1, 12 mai 1999.

## B. LA MODERNISATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UE

Pour répondre aux demandes de réformes, la Commission entreprit une modernisation générale du régime de mise en œuvre des règles de concurrence à la fin des années 1990 et au début des années 2000<sup>69</sup>. Bien que cette réforme globale fût le résultat d'un même processus, les auteurs distinguent, par facilité d'analyse, deux types de modernisation : une modernisation institutionnelle et une modernisation substantielle<sup>70</sup>.

La modernisation institutionnelle est souvent associée à l'entrée en vigueur du règlement 1/2003<sup>71</sup>. Dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne, la Commission décida de mettre en place, par l'intermédiaire de ce règlement, un régime d'application décentralisé des règles de concurrence<sup>72</sup>. Toujours en vigueur aujourd'hui, ce système permet aux autorités nationales de la concurrence et aux juridictions nationales d'appliquer directement l'article 101 TFUE, le règlement reconnaissant désormais un effet direct à l'intégralité de la disposition<sup>73</sup>. Si autrefois seule la Commission était compétente pour accorder des exemptions, le système repose désormais sur une collaboration accrue des acteurs nationaux aujourd'hui compétents pour déterminer si les accords heurtant la concurrence sont susceptibles d'être tolérés<sup>74</sup>.

La modernisation substantielle prit, quant à elle, la forme d'une refonte de l'application des règles de concurrence. Comme mentionné *supra*, la Commission souhaitait par cette réforme répondre aux critiques d'insécurité juridique et d'absence de prévisibilité soulevées à l'encontre de son approche flexible et parfois fort discrétionnaire. Cela étant, en raison du système d'application décentralisé, cette volonté d'adopter une approche plus rigoureuse devint rapidement indispensable<sup>75</sup>. En effet, la Commission était bien consciente qu'il ne serait plus possible pour les acteurs nationaux d'adopter une approche flexible et discrétionnaire comme elle le faisait elle-même autrefois en prenant en considération des objectifs d'intérêt public pour

---

<sup>69</sup> D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, pp. 1066 à 1070.

<sup>70</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, pp. 46 à 50 ; I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 55 à 62 ; D. GERBER, *op. cit.*, pp. 1235 et suivantes.

<sup>71</sup> 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 (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L1, 4 janvier 2003.

<sup>72</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 55 à 58.

<sup>73</sup> D. GERBER, *op. cit.*, pp. 1041 à 1043.

<sup>74</sup> D. BOSCO et C. PRIETO, *op. cit.*, pp. 1066 à 1068.

<sup>75</sup> D. BOSCO et C. PRIETO, *ibidem.*, pp. 1068 à 1070.

exempter des accords aux effets anticoncurrentiels et ce, sous peine de mettre à mal l'effectivité et la cohérence du droit de la concurrence<sup>76</sup>.

La Commission dut ainsi trouver une nouvelle méthode de mise en œuvre des règles de concurrence à la fois plus rigoureuse, systématique et d'application plus uniforme. La doctrine de l'économie néoclassique et les arguments de l'école de Chicago s'imposèrent rapidement comme offrant une solution appropriée<sup>77</sup>. Expliquée succinctement, cette théorie économique à laquelle le droit américain de la concurrence adhéra au début des années 1980 se concentre sur un objectif d'efficacité économique<sup>78</sup>. Plusieurs fois revue depuis les années 1970, cette théorie entend protéger les consommateurs plus efficacement en cherchant à éliminer les comportements restreignant la production ou tendant à augmenter les prix<sup>79</sup>. Notons dès à présent que cette théorie, qualifiée en anglais de « consumer welfare approach », diffère d'une autre doctrine économique, aussi appelée « total (social) welfare » en anglais, qui, elle, cherche à maximiser les efficacités économiques pour la société dans son intégralité sur le long terme en ne se focalisant plus seulement sur l'intérêt immédiat du consommateur<sup>80</sup>.

Il est clair que la Commission s'inspira grandement de la doctrine dite du « consumer welfare » pour réformer son interprétation des règles de concurrence. En effet, par le biais d'une série de communications et d'avis qui forment ce que la doctrine francophone nomme « le paquet modernisation »<sup>81</sup>, la Commission recentra les objectifs du droit de la concurrence comme consistant uniquement à fournir aux consommateurs des prix bas, une plus grande production, un plus grand choix, une meilleure qualité et plus d'innovation dans les produits et les services<sup>82</sup>. En d'autres termes, la Commission considère désormais que le droit de la

---

<sup>76</sup> H. SCHWEITZER, *op. cit.*, pp. 9 à 11.

<sup>77</sup> H. SCHWEITZER et K. K. PATEL, « EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change », H. Schweitzer et K. K. Patel (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, OUP, 2013, pp. 220 à 226.

<sup>78</sup> D. GERBER, « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), L.G.D.J., 2006, pp. 111 à 113.

<sup>79</sup> D. GERBER, « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », *ibidem*, pp. 111 à 113.

<sup>80</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, pp. 11 à 13.

<sup>81</sup> Voy. not. Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *J.O.U.E.*, C 10, 27 avril 2004 ; Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004.

<sup>82</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, pp. 46 à 50.

concurrence doit uniquement promouvoir les activités qui profitent directement aux consommateurs et qui ont des effets redistributifs immédiats<sup>83</sup>.

Bien que cette nouvelle lecture appliquée notamment à l'article 101 TFUE génère plus de prédictibilité et de sécurité juridique, il n'en demeure pas moins qu'elle réduit aussi les cas de figure où des motifs d'intérêt public peuvent être mobilisés pour octroyer une exemption à un accord aux effets anticoncurrentiels<sup>84</sup>. L'approche économique rigoureuse actuelle a en effet créé une situation dans laquelle, pour être exempté, un accord doit générer des avantages économiques quantifiables immédiats afin de compenser ses effets anticoncurrentiels<sup>85</sup>. La Commission a d'ailleurs formalisé cette position dans ses Lignes directrices concernant l'application de l'article 101(3) TFUE dans lesquelles elle exprime très clairement que les règles de concurrence doivent poursuivre l'objectif d'une plus grande protection des consommateurs<sup>86</sup>. Au terme de ses Lignes directrices, la Commission a même intensifié cette orientation doctrinale en formulant que d'autres objectifs poursuivis par les traités ne peuvent être pris en compte que s'ils peuvent être intégrés dans les conditions de l'article 101(3) TFUE<sup>87</sup>. De plus, elle ajoute quant à la deuxième condition de l'article 101(3) TFUE consistant à réserver une part équitable des gains d'efficacité aux consommateurs que les gains d'efficacité engendrés par un accord anticoncurrentiel ne peuvent en principe bénéficier qu'aux seuls consommateurs du marché concerné par cet accord<sup>88</sup>. En d'autres termes, selon la Commission, les avantages doivent profiter aux mêmes consommateurs sur le même marché que ceux qui subissent les effets anticoncurrentiels.

Or, la nouvelle approche adoptée par la Commission complexifie la possibilité pour les accords durables conclus entre entreprises de franchir le cap de l'article 101 TFUE. La difficulté avec de tels accords est en effet que, bien qu'ils nuisent souvent à la concurrence à court terme parce qu'ils entraînent, par exemple, une augmentation des prix ou des restrictions de production, ils sont également susceptibles d'apporter des avantages sur le long terme à la société dans son

---

<sup>83</sup> R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102*, Oxford, OUP, 2018, pp. 41 à 43.

<sup>84</sup> I. LIANOS, « Polycentric Competition Law », *op. cit.*, pp. 169 à 177.

<sup>85</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 645 à 659.

<sup>86</sup> Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004, points 32 à 34.

<sup>87</sup> Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004, point 42.

<sup>88</sup> Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004, point 43.

intégralité<sup>89</sup>. Il y a par conséquent de fortes chances qu'ils violent l'article 101(1) TFUE en raison de leurs effets anticoncurrentiels immédiats sans que leurs effets positifs à long terme, relégués à une position d'importance secondaire, puissent être mobilisés pour justifier l'octroi d'une exemption sauf s'il est possible de démontrer qu'ils intègrent une des quatre conditions de l'article 101(3) TFUE, en particulier la première condition relative aux gains d'efficacité et qu'ils bénéficient aux mêmes consommateurs sur le même marché que ceux qui subissent les effets anticoncurrentiels.

Il résulte donc de la modernisation du droit de la concurrence que même si certaines initiatives durables peuvent formellement toujours être exemptées, l'approche actuelle de la Commission, axée quasi exclusivement sur la protection des consommateurs, laisse peu de place à la prise en compte d'autres objectifs.

---

<sup>89</sup> S. HOLMES, « Climate Change, Sustainability, and Competition Law », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8, 2020, pp. 362 à 365.

### **III. ARGUMENTS DES PARTISANS D'UNE REFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE**

Nous souhaitons, dans cette troisième partie, examiner de façon critique les arguments d'experts et praticiens du droit de la concurrence qui remettent en cause l'approche plus économique choisie par la Commission et qui plaident en faveur d'un droit de la concurrence poursuivant d'autres objectifs que celui de la seule protection des consommateurs. Pour ce faire, nous commençons notre analyse par un état des lieux des principaux arguments de ce mouvement réformiste (Section A) avant d'examiner les difficultés pratiques que poserait une telle réforme du droit de la concurrence (Section B).

#### **A. ÉTAT DES LIEUX DES ARGUMENTS**

Dans ce qui suit, nous regroupons les arguments des partisans d'un droit de la concurrence remodelé en deux catégories. La première postule la reconnaissance par les institutions européennes de l'importance d'initiatives de développement durable de nature privée en matière environnementale. La seconde recense, quant à elle, les principales critiques formulées à l'encontre de l'approche plus économique et de la doctrine du « consumer welfare ».

##### ***1) L'importance d'initiatives de nature privée en matière environnementale***

Comme nous l'avons déjà exprimé *supra*, depuis 2019 et l'adoption du *Green Deal*, les institutions européennes et, en particulier la Commission, reconnaissent la nécessité d'inclure les différents acteurs économiques dans le processus de transition environnementale pour qu'ils œuvrent, aux côtés des institutions publiques, pour le verdissement de l'économie européenne.

Cette réflexion procède du constat que même si les législateurs européen ou nationaux peuvent définir les grandes orientations à suivre et des objectifs précis à réaliser, ils sont incapables de tout décider par eux-mêmes en matière environnementale<sup>90</sup>. Leurs initiatives demeurent aussi souvent tributaires de procédures législatives s'inscrivant dans la durée, ce qui peut paraître peu

---

<sup>90</sup>TH. van DIJK, « A New Approach to Assess Certain Sustainability Agreements under Competition Law », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 57 à 59. Voy. aussi S. KINGSTON, « Introduction », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. III à IX.

adapté pour répondre à l'urgence climatique<sup>91</sup>. Enfin, les législateurs restent soumis aux limites de leur juridiction alors même que les préoccupations environnementales ne connaissent pas de frontières<sup>92</sup>.

Dans ce contexte, les institutions européennes reconnaissent le rôle fondamental que les acteurs privés peuvent incarner pour atteindre les objectifs environnementaux ambitieux que l'Union s'est fixés. Les initiatives d'entreprises sont en effet dans une certaine mesure à même de répondre aux difficultés précitées : pouvant être plus rapidement mises sur pied, elles présentent aussi l'intérêt, spécialement pour les entreprises multinationales, d'être directement transposables dans différents États membres.

Aussi, retrouve-t-on la promotion d'une plus grande participation des acteurs privés dans de récents actes émanant des institutions européennes. En sus de la Communication relative au *Green Deal* et de la Loi européenne sur le climat déjà abordées *supra*, l'on peut aussi citer le Pacte européen pour le climat qui met lui aussi l'accent sur l'importance d'initiatives durables volontaires de la société civile pour répondre aux préoccupations environnementales<sup>93</sup>.

Les partisans d'un droit de la concurrence intégrant des objectifs de développement durable puisent dans cette nouvelle attitude des institutions européennes un argument de principe<sup>94</sup>. De leur point de vue, au risque de faire preuve d'inconsistance, la Commission ne pourrait en effet d'un côté promouvoir les initiatives durables d'acteurs privés si indispensables, selon elle, notamment pour la transition climatique, et de l'autre, juger ces mêmes initiatives comme anticoncurrentielles. En d'autres termes, le regain d'intérêt que la Commission porte à l'égard de projets durables conclus entre entreprises impliquerait qu'elle revoie la manière d'appliquer les règles de concurrence en vue de mieux intégrer des objectifs de développement durable.

---

<sup>91</sup> M. DOLMANS, « Sustainable Competition Policy and the “Polluter Pays” Principle », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 21 à 24.

<sup>92</sup> K. COATES et D. MIDDELSCHULTE, « Getting Consumer Welfare Right: the competition law implications of market-driven sustainability initiatives », *European Competition Journal*, vol. 15, 2019, pp. 318 à 326.

<sup>93</sup> Communication de la Commission – Pacte européen pour le climat, COM (2020) 788 final, 9 décembre 2020.

<sup>94</sup> Voy. not. TH. van DIJK, *op. cit.*, pp. 55 et suivantes; D. MIDDELSCHULTE, « Preface: Competition Policy as an Enabler of a Sustainable Economy », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 207 à 210 ; S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 355 à 358.



## 2) *Critiques formulées à l'encontre de l'approche plus économique*

Le mouvement réformiste formule par ailleurs plusieurs griefs à l'encontre de l'approche plus économique et de la doctrine économique du « consumer welfare » adoptées par la Commission. Selon lui, cette méthode d'analyse (a) ne respecterait pas les autres objectifs contenus dans le droit primaire, (b) correspondrait à une lecture erronée de l'article 101(3) TFUE et (c) contreviendrait à la jurisprudence de la Cour de justice.

### a) **Défaut de prise en considération d'autres objectifs du droit primaire**

Les partisans d'un droit de la concurrence poursuivant d'autres objectifs que la seule protection des consommateurs soutiennent que la Commission, en appliquant son approche économique rigoureuse pour analyser les problèmes de concurrence, perd de vue que le droit primaire de l'Union européenne comprend également d'autres dispositions importantes<sup>95</sup>. Ces dispositions, souvent qualifiées par la doctrine de « dispositions constitutionnelles » de l'Union européenne, comportent une série d'objectifs généraux dont l'Union doit tenir compte à travers l'ensemble de ses activités et politiques<sup>96</sup>.

L. Peeperkorn a ainsi dénombré dans les traités pas moins de vingt objectifs relatifs à des sujets allant par exemple de la promotion de la justice sociale et de la stabilité des prix à la lutte contre les discriminations<sup>97</sup>. Dans le contexte de la durabilité, ce sont, comme nous l'avons déjà examiné *supra*, les articles 3(3) TUE, 11 TFUE et 37 de la Charte UE introduisant le concept juridique de développement durable dans le droit primaire de l'Union européenne qui retiennent plus particulièrement l'attention.

Basant leur réflexion sur les articles 7 et 11 TFUE qui imposent à l'Union, dans une démarche de cohérence, de tenir compte de ces objectifs généraux et des préoccupations environnementales à travers l'ensemble de ses activités et politiques<sup>98</sup>, les tenants d'un droit de la concurrence remodelé soutiennent que l'application des règles de concurrence requiert d'intégrer ces objectifs généraux et plus particulièrement ceux liés à la durabilité lors de

---

<sup>95</sup> I. LIANOS, « Polycentric Competition Law », *op. cit.*, pp. 206 à 212.

<sup>96</sup> S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 359 à 362.

<sup>97</sup> L. PEEPERKORN, « Competition and sustainability: What can competition policy do? », *Concurrence*, vol. 4, 2020, p. 43.

<sup>98</sup> C. VERDURE, *op. cit.*, pp. 487 à 494.

l'analyse des problèmes de concurrence et ce, sous peine de violer les traités<sup>99</sup>. Par conséquent, l'approche plus économique adoptée par la Commission violerait, à leur sens, les traités en ce qu'elle se focalise pour l'heure uniquement sur la protection des consommateurs<sup>100</sup>.

### **b) Lecture erronée de l'article 101(3) TFUE**

Le mouvement réformiste estime aussi que la Commission se base sur une lecture erronée de l'article 101(3) TFUE.

Comme nous l'avons déjà mentionné *supra*, la Commission a indiqué dans ses Lignes directrices qu'un accord anticoncurrentiel est uniquement susceptible d'obtenir une exemption s'il génère des avantages économiques quantifiables immédiats compensant ses effets anticoncurrentiels au profit des consommateurs du marché concerné par l'accord<sup>101</sup>.

Les auteurs et praticiens en faveur d'un droit de la concurrence réformé rejettent cette interprétation des deux premières conditions de l'article 101(3) TFUE et en proposent une lecture fort différente.

Ils rappellent d'abord que la première condition relative aux gains d'efficacité ne se focalise pas uniquement sur des concepts économiques mais offre, à l'inverse, des critères d'analyse alternatifs tout à fait susceptibles, à leur sens, d'incorporer notamment des objectifs de durabilité<sup>102</sup>. En ce qui concerne la deuxième condition qui impose qu'une part équitable des avantages résultant de l'accord anticoncurrentiel revienne aux consommateurs, ils critiquent la position de la Commission qui conditionne l'octroi d'une exemption au fait que les avantages profitent directement aux consommateurs actuels impactés par les effets anticoncurrentiels de l'accord, à l'exclusion, en principe<sup>103</sup>, des consommateurs futurs ainsi que ceux se trouvant dans d'autres marchés. Selon eux, le texte de l'article 101(3) TFUE n'impose nullement de procéder de la sorte<sup>104</sup>. Face à l'impossibilité d'isoler les conséquences se produisant sur chaque

---

<sup>99</sup> K. COATES et D. MIDDELSCHULTE, *op. cit.*, pp. 320 à 324 ; B. WARDHAUGH, *op. cit.*, pp. 327 à 331 ; A. C. WITT, *op. cit.*, pp. 464 à 466.

<sup>100</sup> M. RISTANIEMI et M. WASASTJERNA, « Sustainability and Competition: Unlocking the Potential », *Concurrence*, vol. 4, 2020, pp. 58 et 59 ; S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 359 à 362.

<sup>101</sup> Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004, points 42 et 43.

<sup>102</sup> M. RISTANIEMI et M. WASASTJERNA, *op. cit.*, pp. 464 à 466 ; S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 372 à 374 ; B. WARDHAUGH, *op. cit.*, pp. 327 à 331.

<sup>103</sup> Voy. les exceptions strictes prévues aux points 86 et 87 des Lignes directrices.

<sup>104</sup> K. COATES et D. MIDDELSCHULTE, *op. cit.*, pp. 324 à 326.

marché dans une économie toujours plus ouverte<sup>105</sup>, il conviendrait, à l'inverse, de mieux prendre en compte les conséquences positives que l'accord anticoncurrentiel peut avoir à l'égard de consommateurs futurs<sup>106</sup> ainsi qu'à l'égard de ceux se situant dans d'autres marchés que celui concerné par l'accord<sup>107</sup>.

En combinant ces remarques, l'on constate que les tenants d'un droit de la concurrence remodelé remettent directement en cause l'utilisation par la Commission de la doctrine économique du « consumer welfare » et qu'ils plaident en faveur de l'application de la doctrine économique du « total (social) welfare » pour analyser les problèmes de concurrence<sup>108</sup>. En effet, au vu de leurs arguments, l'on remarque qu'ils entendent favoriser les accords anticoncurrentiels présentant des avantages pour la société dans son ensemble et ce, même s'ils occasionnent des conséquences négatives immédiates pour les consommateurs directement concernés par l'accord<sup>109</sup>. En d'autres termes, selon eux, si la société dans son intégralité se trouve mieux lotie grâce à l'accord, le droit de la concurrence ne devrait pas systématiquement l'interdire en raison de l'atteinte portée à l'encontre des intérêts des consommateurs directs du bien concerné.

Afin d'illustrer la nouvelle grille de lecture de l'article 101(3) TFUE proposée par le mouvement réformiste, envisageons la situation classique d'un accord de coopération conclu entre plusieurs entreprises leur permettant de réduire substantiellement leurs émissions de gaz à effet de serre mais qui génère aussi une hausse des prix des biens et services vendus par les entreprises. Si cet accord *a priori* anticoncurrentiel permet, par exemple, de procéder à une meilleure allocation des ressources résultant d'une internalisation des externalités négatives environnementales ou à une diminution de l'impact écologique des moyens de transport utilisés, il deviendrait envisageable, en appliquant la thèse du mouvement réformiste, de considérer que l'accord permet d'améliorer la production ainsi que la distribution des biens<sup>110</sup>. Malgré la hausse des prix qu'il génère, l'accord procède en effet à une réduction des polluants et gaz à effet de serre émis par les entreprises partenaires, ce qui bénéficie à la société dans son

---

<sup>105</sup> I. LIANOS, « Polycentric Competition Law », *op. cit.*, pp. 206 à 212.

<sup>106</sup> Voy. not. R. INDERST et S. THOMAS, « Prospective Welfare Analysis – Extending Willingness-to-Pay Assessment to Embrace Sustainability », *Journal of Competition Law & Economics*, 2021, pp. 1 à 33.

<sup>107</sup> A. GERBRANDY, « Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law », *World Competition*, vol. 40, 2017, pp. 549 à 551.

<sup>108</sup> L. PEEPERKORN, *op. cit.*, pp. 42 et 43.

<sup>109</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, pp. 11 et 12 ; I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 90 à 93.

<sup>110</sup> M. DOLMANS, *op. cit.*, p. 31.

ensemble. Dans cette interprétation, l'acheteur des produits vendus par les entreprises se retrouve ainsi titulaire de deux « casquettes » : d'un côté, consommateur direct ; de l'autre, citoyen<sup>111</sup>. Or, pour que cet accord puisse bénéficier d'une exemption, il faudrait que l'avantage que le client en tire en tant que citoyen contrebalance les effets négatifs qu'il subit en tant que consommateur suite à la réduction de la concurrence entre les entreprises<sup>112</sup>.

Avec ce changement de doctrine économique, les partisans d'un droit de la concurrence remodelé entendent ainsi proposer une lecture qu'ils considèrent plus conforme au prescrit de l'article 101(3) TFUE. Cette nouvelle manière d'appliquer la disposition permettrait aussi de mieux intégrer dans l'analyse des objectifs non-économiques en ce compris des objectifs de développement durable.

### c) **Jurisprudence de la Cour de justice**

Les critiques formulées à l'encontre de l'approche plus économique et de la doctrine économique du « consumer welfare » se trouvent, dans une certaine mesure, confortées par la jurisprudence de la Cour de justice.

La Cour de justice présente une position particulière à l'égard de l'approche plus économique utilisée par la Commission. En effet, même si la Cour de justice n'a jamais condamné formellement l'utilisation de cette doctrine, elle ne paraît pas non plus l'avoir complètement adoptée<sup>113</sup>. Que ce soit avant ou après la modernisation substantielle du droit de la concurrence, la Cour de justice semble avoir toujours refusé d'isoler le droit de la concurrence des autres politiques de l'Union européenne<sup>114</sup>. De plus, elle semble aussi avoir admis la possibilité de prendre en compte des objectifs plus larges inscrits dans les traités ainsi que les avantages résultant d'accords anticoncurrentiels bénéficiant aux consommateurs se trouvant dans un autre marché que celui concerné par les accords lorsqu'il s'agit de déterminer si ces accords sont susceptibles d'être exemptés sur la base de l'article 101(3) TFUE.

La Cour de justice a notamment reconnu la possibilité de prendre en compte des objectifs plus larges inscrits dans le droit primaire dans l'arrêt *Metro I*<sup>115</sup>. De plus, dans son arrêt *MasterCard*

---

<sup>111</sup> TH. van DIJK, *op. cit.*, pp. 60 à 61.

<sup>112</sup> TH. van DIJK, *ibidem.*, pp. 60 à 61.

<sup>113</sup> A. C. WITT, *op. cit.*, pp. 464 à 468.

<sup>114</sup> B. WARDHAUGH, *op. cit.*, pp. 327 à 331

<sup>115</sup> C.J.C.E., 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, point 21.

dans lequel il cite une de ses précédentes décisions, l'arrêt *Compagnie Générale Maritime*<sup>116</sup>, le Tribunal de l'Union européenne exprime qu'il peut être nécessaire de prendre en considération, dans les cas appropriés, les avantages découlant de l'accord profitant tant aux consommateurs du marché concerné par l'accord que ceux se situant dans d'autres marchés<sup>117</sup>. Même si cette partie de l'arrêt *MasterCard* est formulée de façon générale, il convient néanmoins de préciser qu'il concernait un cas particulier de marché, à savoir un marché biface qui présente la caractéristique d'avoir deux types de clientèle se situant sur deux marchés distincts<sup>118</sup>. Dès lors, transposer la position adoptée par la Cour dans cette affaire à d'autres analyses de l'article 101(3) TFUE plus classiques, paraît peut-être fort ambitieux<sup>119</sup>.

Il n'empêche que la position particulière entretenue par la Cour au fil de ces différents arrêts encourage les opposants à l'approche actuelle utilisée par la Commission à faire valoir que cette dernière ne respecte pas l'État de droit.

## **B. DIFFICULTÉS PRATIQUES : LA MESURE DES GAINS D'EFFICACITÉ DE TYPE QUALITATIF**

Même si les critiques susmentionnées ont des mérites indiscutables, on ne peut nier que la prise en compte d'autres objectifs que la seule protection des consommateurs pour l'application de l'article 101(3) TFUE soulève également des difficultés d'ordre pratique.

Se pose notamment la question de savoir comment mesurer objectivement ces nouveaux gains d'efficacité qui n'ont plus une valeur quantitative mais qualitative.

Si l'on reprend l'exemple illustrant l'approche proposée par le mouvement réformiste, on constate en effet que les avantages environnementaux résultant de l'accord n'ont pas directement une valeur quantifiable propre. Il s'agit plutôt de bienfaits consistant en la réduction d'externalités environnementales négatives laquelle profite à la société dans ensemble. Pour que l'accord soit exempté, il est encore nécessaire que les bienfaits contrebalancent les effets anticoncurrentiels de l'accord, qui eux, se matérialisent le plus souvent par une valeur quantifiable (e.g. hausse des prix, réduction de la production). Or, il est indispensable que les

---

<sup>116</sup> Trib., 28 février 2002, *Compagnie générale maritime et autres contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50, point 343.

<sup>117</sup> Trib., 24 mai 2012, *MasterCard, Inc. e.a. contre Commission européenne*, affaire T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260, point 228.

<sup>118</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 255 et 256.

<sup>119</sup> L. PEEPERKORN, *op. cit.*, p. 45.

effets positifs et anticoncurrentiels soient mesurés de la même manière pour que l'arbitrage soit réalisé de façon objective, le plus simple étant par voie de monétisation.

Intégrer des objectifs de développement durable dans l'analyse des problèmes de concurrence suppose donc une méthode objective de mesure et de conversion des gains d'efficacité qualitatifs. Aujourd'hui, des économistes de centres de recherches travaillent sur ces questions en se concentrant principalement sur l'évaluation des coûts des externalités négatives en matière environnementale<sup>120</sup>. Par exemple, le Centrum voor Energiebesparing, établi à Delft aux Pays-Bas (ci-après CE Delft), a développé un système de référence de « prix ou coûts environnementaux » consistant en des critères indiquant la perte de bien-être sociétal causée par l'émission d'un kilogramme supplémentaire de polluant. Les prix environnementaux sont établis à partir d'études qui cherchent à déterminer les conséquences que l'utilisation d'un polluant peut avoir sur l'environnement au sens large (e.g. aggravation du changement climatique) ainsi que sur des thèmes spécifiques (e.g. santé humaine). Ces conséquences sont ensuite monétisées en recourant à des enquêtes d'opinions auprès de consommateurs dans lesquelles il leur est demandé de définir le prix qu'ils voudraient bien payer pour éviter ces effets négatifs sur l'environnement.

Si ce type d'études est indiscutablement encourageant, certains auteurs, comme L. Peeperkorn, ne considèrent pas que leur utilisation dans l'analyse des problèmes de concurrence soit appropriée<sup>121</sup>. En sus des frais importants occasionnés pour les mesurer<sup>122</sup>, les coûts environnementaux sont définis à partir de moyennes statistiques et cherchent, comme le reconnaît d'ailleurs lui-même le CE Delft, avant tout à donner des indications générales qui ne valent pas nécessairement pour des secteurs spécifiques<sup>123</sup>. Or, le droit de la concurrence requiert justement une analyse spécifique par marché concerné<sup>124</sup>. De plus, s'agissant de moyennes statistiques, les acteurs économiques auront aussitôt fait de remettre en cause ces critères, soutenant que leurs accords réduisent davantage les externalités négatives<sup>125</sup>. Dès lors, au risque de porter atteinte à l'effectivité des règles de concurrence et de créer encore plus de

---

<sup>120</sup> S. de BRUYN et al., *Environmental Prices Handbook 2017: Methods and Numbers for Valuation of Environmental Impacts*, disponible sur [https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2021/03/CE\\_Delft\\_7N54\\_Environmental\\_Prices\\_Handbook\\_2017\\_FINAL.pdf](https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2021/03/CE_Delft_7N54_Environmental_Prices_Handbook_2017_FINAL.pdf)

<sup>121</sup> L. PEEPERKORN, *op. cit.*, pp. 46 à 47.

<sup>122</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, p. 440.

<sup>123</sup> S. de BRUYN et al., *op. cit.*, pp. 9 à 10.

<sup>124</sup> L. PEEPERKORN, *op. cit.*, pp. 46 à 47.

<sup>125</sup> L. PEEPERKORN, *ibidem*, pp. 46 à 47.

contestations, l'on peut comprendre le refus de ces auteurs d'appliquer ces indices généraux dans le droit de la concurrence.

La Commission a, de son côté, tenté de fournir de façon limitée quelques indications pour traiter ces questions<sup>126</sup>. Dans ses Lignes directrices, la Commission envisage les gains d'efficacité qualitatifs comme pouvant principalement prendre la forme de produits et services nouveaux ou améliorés grâce au progrès technique et technologique<sup>127</sup>. En ce qui concerne leur évaluation, la Commission reconnaît que « [c]e type d'appréciation suppose nécessairement un jugement de valeur. Or, il est difficile d'attribuer une valeur précise à des gains d'efficacité dynamiques de cette nature »<sup>128</sup>. Cependant, elle rechigne à proposer une méthode de mesure des gains. Elle en reste en effet à des considérations fort vagues, rappelant seulement, qu'il est également nécessaire pour ce type de gains d'opérer un équilibre entre les effets positifs et anticoncurrentiels de l'accord<sup>129</sup>. Ceci n'est évidemment pas de nature à renforcer la sécurité juridique pour les entreprises.

Le malaise de la Commission quant à la manière d'appréhender des gains d'efficacité qualitatifs se manifeste aussi par le fait qu'elle ne se réfère que peu souvent à ces quelques points de ses Lignes directrices. La décision *CECED* est d'ailleurs peut-être le seul cas dans lequel elle s'est lancée dans des évaluations aussi risquées et a procédé à cet arbitrage particulier<sup>130</sup>.

Ainsi que nous l'avons déjà mis en lumière, la décision *CECED* se situe au centre d'une controverse doctrinale. D'un côté, les tenants d'un droit de la concurrence remodelé, tels S. Holmes, y trouvent la preuve qu'intégrer des objectifs non-économiques et mesurer des gains d'efficacité qualitatifs sont des choses tout à fait possibles pour peu que la Commission s'exonère de sa doctrine du « consumer welfare »<sup>131</sup>. D'un autre côté, des auteurs plus réfractaires à une réforme du droit de la concurrence, comme L. Peeperkorn, mettent en exergue que les avantages économiques individuels étaient en eux-mêmes suffisants pour exempter l'accord et que l'évaluation des avantages collectifs étaient basés sur des hypothèses et

---

<sup>126</sup> Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004, points 69 à 72 et 102 à 104.

<sup>127</sup> Points 69 à 72.

<sup>128</sup> Point 103.

<sup>129</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 668 à 671.

<sup>130</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *ibidem*, pp. 668 à 671.

<sup>131</sup> S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 375.

présomptions fort approximatives<sup>132</sup>. A défaut de prise de position actualisée de la Commission, force est de constater que la controverse au sujet de cette décision est loin d'être close, en démontrent les récentes contributions d'auteurs qui s'y réfèrent fréquemment<sup>133</sup>.

Ces questions relatives à la bonne méthode à appliquer pour appréhender les gains d'efficacité qualitatifs sont aujourd'hui au centre des débats. Comme nous le verrons dans la dernière partie de ce travail, certaines autorités nationales de la concurrence, comme aux Pays-Bas et en Grèce, alimentent la réflexion et tentent elles aussi de trouver un consensus entre le maintien d'une analyse économique rigoureuse des problèmes de concurrence et une meilleure prise en considération de gains d'efficacité qualitatifs.

Compte tenu de ce qui précède, il faut se rendre compte que l'intégration d'autres objectifs que celui de la protection du consommateur dans l'évaluation de l'article 101(3) TFUE n'est pas une sinécure. Des difficultés pratiques apparaissent rapidement, le risque étant bien sûr de porter atteinte à l'efficacité du droit de la concurrence et de retomber dans l'insécurité juridique.

---

<sup>132</sup> L. PEEPERKORN, *op. cit.*, pp. 43 à 45. Voy. aussi E. LOOZEN, « Strict Competition Enforcement And Welfare: A Constitutional Perspective Based On Article 101 TFEU And Sustainability », *Common Law Market Review*, vol. 56, 2019, pp. 1281 à 1288.

<sup>133</sup> Voy. not. M. DOLMANS, *op. cit.*, pp. 30 à 35 ; M. P. SCHINKEL et L. TREUREN, « Green Antitrust : Friendly Fire in the Fight Against Climate Change », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 69 à 73.



## IV. SOLUTIONS POSSIBLES

Face aux difficultés auxquelles est confronté le droit de la concurrence pour intégrer des objectifs de développement durable, des praticiens, des chercheurs universitaires ou encore des autorités nationales de la concurrence se mobilisent pour formuler des propositions de solutions permettant de mieux promouvoir des accords durables conclus entre entreprises.

Dans cette dernière partie, nous souhaitons examiner certaines de ces initiatives. Au terme de l'analyse des propositions, qui ne se concentrent pour l'heure que sur la dimension environnementale du développement durable, l'on remarque qu'elles cherchent toutes à résoudre une situation de dysfonctionnement du marché consistant soit en l'absence de prise en considération des externalités environnementales négatives soit en l'asymétrie d'information relative au coût environnemental des biens et services<sup>134</sup>. Ainsi, constate-t-on que deux grandes tendances se dessinent parmi les acteurs du droit de la concurrence. D'une part, certains acteurs considèrent que l'application et l'interprétation actuelles des règles de concurrence doivent être profondément adaptées pour qu'elles ne compromettent plus les accords durables conclus entre entreprises (Section A). D'autres acteurs, moins enclins à procéder à une refonte totale du droit de la concurrence, privilégient, quant à eux, la voie de la réglementation et de recommandations compatibles avec l'état actuel du droit de la concurrence afin de mieux prendre en considération des problématiques liées au développement durable (Section B).

### A. VERS UNE ADAPTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN FONCTION DES BESOINS DU MARCHÉ

Dans cette première section, nous analysons différentes solutions proposant de revoir l'application et l'interprétation des règles de concurrence pour permettre que des entreprises puissent coopérer davantage pour mettre en œuvre des objectifs durables. Ces propositions de solutions partent toutes du postulat que ce sont les entreprises présentes sur le marché qui sont les plus à même de décider ensemble de la meilleure manière d'atteindre des objectifs de développement durable<sup>135</sup>. Selon cette conception, les règles de concurrence ne doivent plus compromettre les initiatives durables des acteurs privés mais doivent, à l'inverse, être

---

<sup>134</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, pp. 430 à 432.

<sup>135</sup> TH. van DIJK, *op. cit.*, pp. 57 à 59.

réinterprétées pour que le droit de la concurrence contribue activement à la réalisation des objectifs de développement durable<sup>136</sup>.

Les propositions de solutions se déclinent essentiellement en deux volets. Le premier volet (1) se concentre sur la doctrine des restrictions accessoires qui permet d'exclure certains accords du champ d'application de l'article 101(1) TFUE tandis que le second (2) tente de résoudre les difficultés auxquelles sont confrontés les accords durables pour bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 101(3) TFUE.

Dans les lignes qui suivent, nous ne manquons pas de nous référer aux commentaires que les autorités allemande<sup>137</sup>, grecque<sup>138</sup> et néerlandaise<sup>139</sup> de la concurrence ont récemment formulés au sujet de ces propositions de solutions, les agences grecque et néerlandaise n'hésitant pas à se positionner en faveur de ces propositions alors que l'autorité allemande se montre plus critique<sup>140</sup>.

### ***1) La doctrine des restrictions accessoires au travers de l'article 101(1) TFUE***

L'article 101(1) TFUE interdit les accords entre entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou effet d'attenter à la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. Les accords qui entrent dans le champ d'application de l'article 101(1) TFUE sont en principe nuls de plein droit.

Toutefois, certains accords, alors même qu'ils entrent en principe dans le champ d'application de l'article 101(1) TFUE, en sont exclus conformément à la doctrine des restrictions accessoires

---

<sup>136</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, pp. 431 et 432.

<sup>137</sup> FCO, « Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften—Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis » (FCO Press Release, 1 October 2020), disponible en langue allemande sur [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/AK\\_Kartellrecht\\_2020\\_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=65CE07A804BFC9740D4C58C8DD7413CA.1\\_cid387?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=65CE07A804BFC9740D4C58C8DD7413CA.1_cid387?__blob=publicationFile&v=2) ; Voy. également la note récapitulative en langue anglaise présentée par l'autorité de concurrence allemande à l'OCDE, disponible sur [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2020/OECD\\_2020\\_Sustainability\\_and\\_Competition.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OECD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (ci-après « Contribution allemande »).

<sup>138</sup> HCC, « Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law », 2020, disponible sur [https://www.epant.gr/files/2020/Staff\\_Discussion\\_paper.pdf](https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf) (ci-après « Contribution grecque »).

<sup>139</sup> ACM, « Draft Guidelines for sustainability agreements », 2020, disponible sur <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf> (ci-après « Contribution néerlandaise »).

<sup>140</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, pp. 431 et 432.

développée par la Cour de justice<sup>141</sup>. Au fil de sa jurisprudence, la Cour de justice a en effet jugé que certains accords, quoique comportant des restrictions à la concurrence, ne devaient pas être soumis à l'interdiction de l'article 101(1) TFUE parce que ces restrictions étaient soit nécessaires pour atteindre des objectifs qualifiés d'intérêt public soit nécessaires et accessoires à la mise en œuvre d'accords ne portant pas atteinte à la concurrence<sup>142</sup>.

Dans le débat relatif à l'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence, seul le premier pan de la doctrine des restrictions accessoires relatif aux objectifs d'intérêt public retient aujourd'hui l'attention des praticiens en faveur d'un droit de la concurrence plus durable<sup>143</sup>. Selon eux, les objectifs de développement durable seraient, au même titre que des objectifs sociaux par exemple, des objectifs d'intérêt public. Dès lors, si la doctrine des restrictions accessoires était appliquée aux accords durables, elle permettrait d'exclure totalement ces accords du champ d'application de l'article 101(1) TFUE<sup>144</sup>. En sus de son caractère assez fonctionnel, cette solution présenterait aussi l'avantage de ne pas confronter les accords aux critères strictes de l'article 101(3) TFUE.

Les auteurs envisageant l'utilisation de la doctrine des restrictions accessoires se réfèrent principalement aux enseignements de trois décisions de la Cour de justice, à savoir les décisions *Albany*<sup>145</sup>, *Wouters*<sup>146</sup> et *Meca-Medina*<sup>147</sup>. Ces décisions qui aboutissent toutes au même résultat de la non-application de l'article 101(1) TFUE présentent toutefois des nuances importantes dans leur méthode de raisonnement.

Dans l'arrêt *Albany*, la Cour de justice, ayant fait une interprétation utile et cohérente des dispositions des traités dans leur ensemble, considéra que les accords conclus dans le cadre de

---

<sup>141</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, pp. 252 à 257.

<sup>142</sup> Voy. not. C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, points 17 à 36 ; C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, points 16 et 17 ; C.J.U.E., 11 septembre 2014, *MasterCard e.a. c. Commission*, affaire C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, points 89 et suivants.

<sup>143</sup> Voy. not. M. DOLMANS, *op. cit.*, pp. 28 à 30 ; D. WOUTERS, « Which Sustainability Agreements Are Not Caught by Article 101(1) TFEU? », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12(3), 2021, pp. 265 et 266 ; S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 370 à 371 ; M. RISTANIEMI et M. WASASTJERNA, *op. cit.*, 61 à 63 ; A. GERBRANDY, *op. cit.*, pp. 554 à 556.

<sup>144</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, pp. 433 à 435.

<sup>145</sup> C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, affaire C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430.

<sup>146</sup> C.J.C.E., 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, affaire C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98.

<sup>147</sup> C.J.C.E., 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492.

négociations collectives entre partenaires sociaux en vue d'atteindre des objectifs de politique sociale ne devaient pas être soumis à l'interdiction de l'article 101(1) TFUE<sup>148</sup>. De façon assez radicale, la Cour exclut les accords des partenaires sociaux en tant que tels sans examiner si les restrictions étaient véritablement proportionnées et nécessaires aux objectifs poursuivis. Par contraste, dans les arrêts *Wouters* et *Meca-Medina* qui concernaient respectivement une interdiction faite aux avocats d'exercer des activités d'experts-comptables et la création de règles anti-dopage en matière sportive, la Cour adopta une attitude plus précautionneuse. Elle exclut ces décisions d'association d'entreprises du champ d'application de l'article 101(1) TFUE après avoir estimé que les atteintes à la concurrence étaient inhérentes et proportionnées à la poursuite de l'objectif de l'exercice correct de la profession d'avocat dans l'arrêt *Wouters*<sup>149</sup> et à celui de lutter plus efficacement contre le dopage dans l'arrêt *Meca-Medina*<sup>150</sup>.

Les raisonnements étant différents, appliquer la méthode de l'arrêt *Albany* ou celle des arrêts *Wouters* et *Meca-Medina* aux accords durables entre entreprises n'aurait pas les mêmes incidences.

Se prévaloir de l'approche de l'arrêt *Albany* impliquerait que tout accord présentant des objectifs de développement durable devrait être, sans discussion, exclu du champ d'application de l'article 101(1) TFUE. Force est toutefois de constater que cette approche éminemment radicale vu l'absence de contrôle de l'accord en amont est susceptible d'ouvrir la voie à toutes sortes d'abus ainsi qu'au risque de « greenwashing »<sup>151</sup>.

La méthode utilisée dans les arrêts *Wouters* et *Meca-Medina* requiert, quant à elle, une évaluation du caractère nécessaire et proportionné des restrictions. Contrairement à l'approche *Albany*, les accords durables seraient ainsi sujets à un contrôle de proportionnalité, diminuant quelque peu les risques de pratiques attentatoires à la concurrence<sup>152</sup>.

On ne peut nier que la solution offerte par le pan relatif aux objectifs d'intérêt public de la doctrine des restrictions accessoires présente, quelle que soit la méthode choisie, un intérêt

---

<sup>148</sup> C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, affaire C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, points 60 à 64.

<sup>149</sup> C.J.C.E., 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, affaire C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, points 90 à 110.

<sup>150</sup> C.J.C.E., 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492, points 42 à 45.

<sup>151</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, pp. 433 à 435.

<sup>152</sup> M. GASSLER, *ibidem*, pp. 433 à 435.

pratique indéniable comparé aux difficultés de l'évaluation des gains d'efficacité requise sous l'article 101(3) TFUE. L'autorité grecque de la concurrence montre d'ailleurs, dans sa récente contribution, un vrai enthousiasme pour cette solution et, en particulier, pour l'approche utilisée dans les arrêts *Wouters* et *Meca-Medina*<sup>153</sup>. Elle semble en effet considérer que cette solution permettrait d'opérer une lecture de l'article 101(1) TFUE plus conforme avec les articles 7 et 11 TFUE. De plus, elle ajoute que la doctrine des restrictions accessoires pourrait être mobilisée pour évaluer tant des accords de coopération en matière environnementale que ceux, souvent oubliés pour l'heure dans le débat, intégrant des objectifs relatifs à la dimension sociale du concept juridique de développement durable.

L'autorité allemande de la concurrence se montre en revanche plus sceptique<sup>154</sup>. Elle doute que le premier pan de la doctrine des restrictions accessoires soit applicable lorsqu'un pouvoir de réglementation n'a pas été délégué par les autorités étatiques aux entreprises ou associations d'entreprises. L'autorité allemande met en effet en exergue que, dans les affaires *Albany*, *Wouters* et *Meca-Medina*, un pouvoir réglementaire avait respectivement été délégué aux partenaires sociaux, à l'Ordre des avocats ainsi qu'à la fédération sportive de natation<sup>155</sup>. En revanche, tel n'est pas *a priori* le cas d'entreprises souhaitant agir de façon plus durable. Dès lors, se pose, à juste titre selon nous, la question de savoir si le premier pan de la doctrine des restrictions accessoires, créé de toute pièce par la Cour de justice pour des décisions poursuivant des objectifs particuliers d'intérêt public prises par des associations d'entreprises habilitées par le pouvoir étatique, serait susceptible d'être appliqué à des accords de développement durable entre entreprises du secteur privé sans aucun lien manifeste avec le pouvoir étatique.

Compte tenu de ce qui précède, il est incontestable que l'application du premier pan de la doctrine des restrictions accessoires aux accords durables d'entreprises offrirait une solution commode au débat sur l'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence. Toutefois, cet avantage ne doit pas faire oublier les interrogations que l'application d'une telle doctrine laisse, pour l'heure, sans réponse. Pure création de la Cour de justice, ce pan de la doctrine des restrictions accessoires n'offre pas qu'une seule méthode de raisonnement et ne s'applique, au départ, qu'à des situations où une délégation du pouvoir étatique a été réalisée. A notre avis, cette première voie mérite attention mais nécessite, en tout

---

<sup>153</sup> Contribution grecque, points 55 à 58, pp. 23 et 24.

<sup>154</sup> Contribution allemande, points 22 à 39, pp. 9 à 13.

<sup>155</sup> Contribution allemande, point 37, pp. 12 et 13.

état de cause, une clarification de la Cour de justice des cas de figure dans lesquels elle peut être appliquée.

D'autre part, le second pan de la doctrine des restrictions accessoires demeure pour l'heure globalement inexploré par les tenants d'un droit de la concurrence intégrant des objectifs de développement durable. Dans l'optique de ne pas empêcher des formes de coopération favorisant le développement économique de l'Union européenne<sup>156</sup>, la Cour de justice a reconnu, dans une série d'arrêts<sup>157</sup> tels que *Remia*<sup>158</sup>, *Pronuptia*<sup>159</sup> ou encore *MasterCard*<sup>160</sup>, que des restrictions accessoires et nécessaires à la mise en œuvre d'accords d'entreprises ne portant pas eux-mêmes atteinte à la concurrence tombaient en dehors du champ d'application de l'article 101(1) TFUE. Même si ces décisions concernaient des affaires tout à fait étrangères à la problématique du développement durable, il convient, à notre avis, de se demander si cette approche ne serait pas plus appropriée pour résoudre le débat qui nous occupe. En effet, à terme, des accords durables permettant par exemple la création de nouveaux produits de meilleure qualité en matière environnementale ne sont-ils pas de nature à engendrer des avantages économiques conséquents pour les entreprises qui les pratiquent ainsi qu'à développer de nouveaux échanges économiques au sein du marché intérieur ? N'est-on pas dès lors fondé à analyser les restrictions contenues dans des accords durables comme étant indispensables à ces mêmes opérations économiquement avantageuses à l'avenir ? Sans vouloir répondre à cette difficile question, nous notons néanmoins que, en plus de conserver la solution accommodante de la doctrine des restrictions accessoires, cette méthode d'analyse s'accorderait mieux avec la jurisprudence de la Cour de justice ainsi qu'avec la dimension économique du concept juridique de développement durable.

---

<sup>156</sup> I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 588 à 592.

<sup>157</sup> Voy. aussi en matière de distribution sélective : C.J.C.E., 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, points 20 et 21 ; C.J.U.E., 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, affaire C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, points 34 et suivants.

<sup>158</sup> C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, points 17 à 36.

<sup>159</sup> C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, points 16 et 17.

<sup>160</sup> C.J.U.E., 11 septembre 2014, *MasterCard e.a. c. Commission*, affaire C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, points 89 et suivants.

## 2) *Les solutions au sein de l'article 101(3) TFUE*

Il ressort de ce que nous avons présenté ci-dessus que l'application de la doctrine des restrictions accessoires au sein de l'article 101(1) TFUE, bien qu'intéressante, demeure, pour l'heure, à défaut de clarifications de la Cour de justice, fort théorique. Conscients de cette problématique, les auteurs et praticiens favorables à une adaptation du droit de la concurrence pour qu'il puisse plus facilement promouvoir des initiatives durables envisagent d'autres solutions au sein, cette fois, de l'article 101(3) TFUE<sup>161</sup>.

Comme nous l'avons déjà expliqué *supra*, l'article 101(3) TFUE permet d'exempter un accord comportant des effets anticoncurrentiels pourvu qu'il remplisse quatre conditions cumulatives. Or, pour rappel, la possibilité pour un accord durable attentatoire à la concurrence d'obtenir une telle exemption est limitée en raison des difficultés liées aux deux premières conditions, à savoir surtout la mesure des gains d'efficacité qualitatifs et la détermination du champ d'application des bénéficiaires.

Malgré ces obstacles, certains acteurs du droit de la concurrence, au rang desquels figure en particulier l'autorité néerlandaise de la concurrence, privilégient cette solution et plaident notamment pour l'instauration d'une « exception carbone » pour les accords de coopération en matière environnementale<sup>162</sup>.

L'autorité néerlandaise de la concurrence, soutenue dans sa démarche par l'autorité grecque, tente, par les travaux qu'elle a récemment publiés en matière de développement durable, de répondre aux deux problématiques liées à l'obtention d'une exemption de l'article 101(3) TFUE que nous venons de rappeler<sup>163</sup>.

En ce qui concerne la difficulté de mesurer des gains d'efficacité qualitatifs, l'autorité néerlandaise, reconnaissant qu'il n'est pas toujours aisé pour les entreprises d'évaluer les

---

<sup>161</sup> Voy. not. M. DOLMANS, *op. cit.*, pp. 30 à 36 ; D. WOUTERS, *op. cit.*, pp. 266 à 269 ; S. HOLMES, *op. cit.*, 371 à 382 ; A. GERBRANDY, *op. cit.*, pp. 545 à 553.

<sup>162</sup> E. van den BRINK et J. ELLISON, « Article 101(3) TFEU: the Roadmap for Sustainable Cooperation », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 39 à 47.

<sup>163</sup> Pour une analyse des contributions néerlandaise et grecque, voy. not. E. van den BRINK et J. ELLISON, *op. cit.*, pp. 48 à 52.

bienfaits de leurs accords, suggère de contourner cet obstacle en ne procédant pas à une conversion en termes monétaires des gains d'efficacité dans deux cas de figure spécifiques<sup>164</sup>.

La première situation aurait trait à des accords durables conclus entre entreprises n'ayant pas des parts de marché cumulées dépassant 30% du secteur concerné. Pour ces accords, l'autorité néerlandaise considère qu'il serait inutile de mesurer les gains d'efficacité à condition que leurs objectifs durables soient incontestables et aboutissent bien à des gains d'efficacité pour les consommateurs. Elle estime en effet que l'on pourrait raisonnablement présumer que de tels accords ne nuisent pas à la concurrence. Ce faisant, elle entend créer une sorte d'exemption directe similaire à celles que l'on retrouve déjà dans d'autres règlements d'exemption par catégories<sup>165</sup>.

La deuxième situation pour laquelle l'autorité soutient qu'il n'y aurait pas lieu de procéder à une conversion des gains d'efficacité nous paraît moins achevée. Elle concernerait des accords durables dont les gains d'efficacité, tant ils seraient importants, compenseraient à première vue les restrictions à la concurrence. Même si l'autorité néerlandaise tente d'illustrer cette proposition au moyen d'un exemple, l'importance ou le caractère « manifeste » des gains d'efficacité ne sont nullement définis. Ceci n'est évidemment pas de nature, selon nous, à réduire l'insécurité juridique qui entoure une telle mesure.

Par ailleurs, en dehors de ces deux cas de figure, force est de constater que l'autorité néerlandaise de la concurrence ne présente pas de vraie méthode permettant de convertir des gains d'efficacité qualitatifs. Se concentrant sur les gains d'efficacité en matière environnementale, elle se réfère principalement aux analyses économiques des coûts des externalités environnementales du même type que celles que nous avons expliquées en présentant les recherches du CE Delft<sup>166</sup>. L'autorité néerlandaise ne répond par conséquent pas aux critiques exposées *supra* liées notamment à l'incertitude que l'utilisation des prix environnementaux engendre.

---

<sup>164</sup> Contribution néerlandaise, points 46 à 48, pp. 13 à 15.

<sup>165</sup> Voy. not. Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L102, 23 avril 2010.

<sup>166</sup> Contribution néerlandaise, points 49 à 54, pp. 15 à 18.



Quant à la détermination du champ d'application des bénéficiaires, l'autorité néerlandaise de la concurrence fait preuve d'innovation<sup>167</sup>. Elle propose en effet de faire la distinction entre les accords de développement durable au sens large et les accords spécifiques à l'environnement. Pour ces derniers, à condition qu'ils visent à prévenir tout dommage environnemental évident et qu'ils contribuent, de manière efficace, au respect d'une norme nationale ou internationale environnementale à laquelle le gouvernement est tenu, il serait possible de prendre en considération les bienfaits résultant des accords pour l'ensemble de la société et plus seulement pour les marchés concernés par les effets restrictifs des accords. Une telle approche impliquerait dès lors nécessairement de faire une distinction entre les doctrines économiques utilisées pour analyser les problèmes de concurrence selon les types d'accords : pour les accords de coopération en matière d'environnement, la doctrine du « total social welfare » s'imposerait alors que pour les autres accords de coopération, qu'ils soient ou non durables, la doctrine du « consumer welfare » resterait d'application.

Bien que cette proposition mérite attention en raison de son caractère innovant, elle est aussi, à notre avis, sujette à des critiques importantes eu égard aux questions qu'elle soulève en termes de cohérence et d'effectivité du droit de la concurrence : utiliser deux doctrines économiques radicalement différentes pour analyser les problèmes de concurrence, n'est-ce pas de nature à créer de nouvelles différences inutiles ou, à tout le moins, à ajouter de la confusion pour les acteurs économiques ?

Une possibilité pour conserver à la fois la cohérence et l'effectivité du droit de la concurrence consisterait en l'adoption d'un règlement d'exemption par catégories applicable dans l'ensemble de l'Union européenne<sup>168</sup>. Un peu à l'image de ce qui existe déjà dans le droit de la concurrence et de ce que l'autorité néerlandaise propose d'ailleurs en substance, il serait théoriquement concevable d'exempter d'office des accords durables d'entreprises ne dépassant pas un seuil de parts de marché pourvu qu'ils ne contiennent pas certaines clauses attentatoires à la concurrence<sup>169</sup>. Cela étant, à notre avis, au vu de la pluralité des significations que renferme

---

<sup>167</sup> Contribution néerlandaise, points 38 à 44, pp. 12 à 13.

<sup>168</sup> M. GASSLER, *op. cit.*, pp. 440 à 442 ; E. van den BRINK et J. ELLISON, *op. cit.*, pp. 39 à 47.

<sup>169</sup> Voy. not. Règlement (UE) n°1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, *J.O.U.E.*, L 335, 18 décembre 2010 ; Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *J.O.U.E.*, L 335, 18 décembre 2010 ; Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de

le concept juridique de développement durable, cette voie nous paraît difficile à mettre en œuvre. En effet, la distinction entre ce qui est durable et ce qui ne l'est pas, peut, à nos yeux, difficilement se faire de façon générale sans procéder à une analyse concrète des accords, le risque étant évidemment que le champ d'application du règlement d'exemption par catégories soit, soit trop large ce qui ouvrirait la porte à des pratiques abusives telles des opérations de « greenwashing », soit, à l'inverse, trop restreint ce qui laisserait alors bon nombre d'accords sans moyen de bénéficier de l'exemption.

Par conséquent, il résulte des considérations qui précèdent que même si des acteurs du droit de la concurrence sont à l'œuvre pour tenter de répondre aux difficultés liées à l'application de l'article 101(3) TFUE aux accords durables présentant des effets anticoncurrentiels, aucune solution satisfaisante n'a, pour l'heure, à notre avis, été trouvée pour mieux adapter l'article 101(3) TFUE aux besoins du marché.

## **B. LES SOLUTIONS PAR LA RÉGLEMENTATION ET LES RECOMMANDATIONS**

Comme nous venons de l'expliquer dans la section précédente, les solutions proposant de revoir l'application et l'interprétation des règles de concurrence afin de mieux accompagner les initiatives durables d'entreprises ne sont pas aisées à mettre en œuvre. Pas encore suffisamment élaborées, elles ne parviennent pas, à l'heure actuelle, à franchir les obstacles de sécurité juridique et de prédictibilité de l'application du droit de la concurrence dont les acteurs économiques ont besoin.

Face à ce constat, des acteurs du droit de la concurrence envisagent une autre voie<sup>170</sup>. Ce mouvement, auquel se rapporte l'autorité allemande de la concurrence, s'interroge sur la question des moyens à mettre en œuvre pour résoudre le débat relatif à l'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence<sup>171</sup> : la solution doit-elle venir uniquement des acteurs privés ou, au contraire, les autorités étatiques et européennes doivent-

---

l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 102, 23 avril 2010.

<sup>170</sup> Voy. not. M. P. SCHINKEL et L. TREUREN, « Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 69 à 88; L. PEEPERKORN, « European Union », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 405 à 414 ; J. NOWAG et A. TEORELL, « Beyond Balancing: Sustainability and Competition Law », *Concurrence*, vol. 4, 2020, pp. 34 à 39 ; L. PEEPERKORN, « Competition and sustainability: What can competition policy do? », pp. 48 à 52 ;

<sup>171</sup> Contribution allemande, points 14 à 21, pp. 7 et 8.

elles définir, au moyen de législations et de recommandations, le cadre juridique dans lequel les entreprises devraient inscrire leurs initiatives durables pour éviter que leurs accords soient susceptibles de nuire à la concurrence ?

Dans la suite de cette section, nous souhaitons tout d'abord envisager les fondements des arguments des auteurs et praticiens en faveur d'une plus grande intervention législative dans le débat relatif à l'intégration d'objectifs durables dans le droit de la concurrence (1). Nous examinons ensuite la solution intermédiaire offerte par les accords de normalisation dont l'on retrouve déjà la présence dans le droit de la concurrence actuel (2).

### *1) Arguments en faveur de la voie législative*

Les tenants de la voie de la réglementation mettent tout d'abord en exergue qu'il n'appartiendrait pas aux entreprises du secteur privé qui poursuivent un but de maximisation de leurs profits<sup>172</sup>, ni aux autorités nationales de la concurrence, de décider si des objectifs durables doivent intégrer l'analyse des problèmes de concurrence et prévaloir, le cas échéant, sur les intérêts des consommateurs<sup>173</sup>. Les entreprises et les autorités de la concurrence ne disposeraient en effet d'aucune légitimité démocratique pour mettre en balance de tels intérêts publics. Cette décision, de nature politique, reviendrait aux législateurs européen ou nationaux, représentants élus de la population, après une procédure législative riche en débats<sup>174</sup>.

De plus, selon les tenants de la voie réglementaire, adopter des réglementations indiquant quels objectifs durables il faut atteindre et comment les coûts externes des activités économiques doivent être supportés par les entreprises pour réaliser ces objectifs (e.g. par voie d'interdiction d'activité ou de taxation selon le principe pollueur-payeur) permettrait d'éviter de porter atteinte à la cohérence et à l'effectivité du droit de la concurrence au sein de l'Union européenne<sup>175</sup>. En effet, grâce à la législation fixant un cadre juridique clair pour atteindre des objectifs durables prédéterminés, les différentes autorités de la concurrence ainsi que les juridictions nationales n'auraient plus à procéder à l'évaluation des gains d'efficacité qualitatifs et pourraient continuer à appliquer l'analyse économique rigoureuse actuellement utilisée par la Commission. Les objectifs durables ayant été intégrés en amont dans la législation, les entreprises pourraient plus

---

<sup>172</sup> M. P. SCHINKEL et L. TREUREN, *op. cit.*, p. 77.

<sup>173</sup> L. PEEPERKORN, « European Union », pp. 409 à 412.

<sup>174</sup> Contribution allemande, points 17 à 21, pp. 7 à 9.

<sup>175</sup> L. PEEPERKORN, « European Union », pp. 409 à 412.

difficilement se prévaloir de gains d'efficacité qualitatifs pour exempter des accords durables aux effets anticoncurrentiels. Ces entreprises, pour obtenir une exemption, seraient en revanche tenues de démontrer que les consommateurs du marché concerné par les restrictions de l'accord bénéficient bien d'un autre avantage, comme celui résultant d'une baisse du coût de production par exemple<sup>176</sup>.

Évidemment, prôner la voie législative comme solution au débat relatif à l'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de concurrence implique qu'une législation sur l'internalisation des coûts externes des activités économiques soit effectivement adoptée par les législateurs. Cela étant, compte tenu de l'importance des enjeux qu'une telle législation impliquerait, son adoption suppose qu'une opinion majoritaire se dégage et impose ce point de vue.

## ***2) Vers plus de recommandations : les accords de normalisation***

Dans l'attente d'une législation internalisant davantage les coûts externes des activités économiques, certains experts et praticiens, conscients de la nécessité d'avoir plus de développement durable mais peu désireux de procéder à une refonte totale du droit de la concurrence, proposent une autre voie, existant déjà dans l'état actuel du droit de la concurrence : les accords de normalisation<sup>177</sup>. Notons que les accords de normalisation suscitent également l'intérêt d'auteurs favorables à un droit de la concurrence plus en phase avec le concept de développement durable sans qu'ils donnent pour autant la primauté à cette voie<sup>178</sup>. Observons encore que les accords de normalisation retiennent l'attention de la Commission qui, dans un récent projet de révision des Lignes directrices horizontales, privilégie cette solution<sup>179</sup>.

Dans les lignes qui suivent, nous procédons tout d'abord à une analyse du cadre juridique actuel des accords de normalisation (a) avant d'envisager brièvement les récentes propositions de la Commission (b) et de porter un regard critique sur cette voie (c).

---

<sup>176</sup> L. PEEPERKORN, *ibidem*, pp. 409 à 412.

<sup>177</sup> J. NOWAG et A. TEORELL, *op. cit.*, pp. 34 à 39 ; L. PEEPERKORN, « Competition and sustainability: What can competition policy do? », pp. 50 et 51.

<sup>178</sup> Voy. not. E. van den BRINK et J. ELLISON, *op. cit.*, pp. 41 et 42 ; D. WOUTERS, *op. cit.*, pp. 260 à 264 ; S. HOLMES, *op. cit.*, pp. 382 et 383 ; Contribution grecque, points 59 à 62, pp. 24 à 26.

<sup>179</sup> Voy. Annexe de la Communication de la Commission – Approbation du contenu d'un projet de 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, COM (2022) 1159 final, 1<sup>er</sup> mars 2022, disponible à [https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_en).

### a) Cadre juridique actuel

La Commission a envisagé cette catégorie d'accords au chapitre 7 de ses Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE<sup>180</sup>. Les accords de normalisation sont définis comme ayant pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, processus, services ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre<sup>181</sup>. Les exigences retenues peuvent alors se matérialiser sur le marché concerné en prenant la forme d'un label ou d'un standard accessible uniquement aux entreprises s'y conformant. La Commission indique expressément que des accords contenant des performances environnementales peuvent tout à fait intégrer ce type d'accord.

Les lignes directrices indiquent également que les accords de normalisation produisent habituellement des effets économiques positifs importants et ne sont généralement pas considérés comme restreignant la concurrence<sup>182</sup>. Ils permettent en principe de stimuler la concurrence au sein du marché concerné par la création de nouveaux produits de meilleure qualité, par exemple.

Cela étant, la Commission se montre prudente et envisage aussi des cas de figure où des accords de normalisation sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence comme lorsqu'ils limitent les acteurs dans leur libre choix des prix ou de leur production. Pour résoudre ce problème, les Lignes directrices de la Commission donnent des indications sur la façon dont les accords de normalisation doivent être mis en œuvre pour qu'ils échappent à l'interdiction de l'article 101(1) TFUE. Quatre principes doivent, pour l'essentiel, être satisfaits : (i) la participation à la norme est libre ; (ii) la procédure d'adoption de la norme en question est transparente ; (iii) il n'y a pas d'obligation de se conformer à la norme ; (iv) l'accès à la norme se fait à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> 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, *J.O.U.E.*, C 11/1, 14 janvier 2011.

<sup>181</sup> 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, point 257.

<sup>182</sup> 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, point 263.

<sup>183</sup> 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, points 277 à 286.

Ainsi, dans le contexte de la durabilité, peut-on parfaitement imaginer une initiative répondant à ces quatre conditions<sup>184</sup>. Par exemple, afin de promouvoir un projet durable, qu'il soit dans le domaine environnemental ou social, des entreprises pourraient décider d'établir, main dans la main et sur une base volontaire, une norme commune qui, si elle est respectée, leur donnerait le droit d'utiliser un même logo ou une même marque. Ce système de label ne serait pas obligatoire et serait ouvert à toutes les entreprises désireuses d'y adhérer.

En revanche, si les accords de normalisation ne remplissent pas les quatre critères et comportent des effets restrictifs importants sur la concurrence, ils entrent dans le champ d'application de l'interdiction de l'article 101(1) TFUE et doivent, comme tout autre accord comportant des problèmes de concurrence, remplir les quatre conditions de l'article 101(3) TFUE pour bénéficier du régime d'exemption<sup>185</sup>.

A l'examen de ses Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE, la Commission paraît néanmoins plus encline à accorder des exemptions pour les accords de normalisation<sup>186</sup>. En effet, pour chacun des quatre critères de l'article 101(3) TFUE, la Commission a prévu un certain nombre de situations et de présomptions qui, si elles sont respectées, suffisent à sauver l'accord<sup>187</sup>. A titre de comparaison, là où pour des accords classiques il est nécessaire de démontrer l'existence de gains d'efficacité favorables aux consommateurs du marché concerné, la Commission a établi toute une liste de gains d'efficacité, notamment de type qualitatif, que les accords de normalisation entraînent fréquemment pour les consommateurs<sup>188</sup>.

Par ailleurs, pour illustrer sa méthode d'analyse des accords de normalisation, la Commission a produit plusieurs exemples, parmi lesquels deux sont en lien avec la réalisation d'objectifs environnementaux<sup>189</sup>. Si l'un concerne la recherche d'un standard commun au secteur des emballages en vue de réduire, entre autres, la quantité de matériau utilisé, l'on est frappé par la ressemblance qu'entretient le second exemple avec l'affaire *CECED* au sujet de laquelle nous

---

<sup>184</sup> J. NOWAG et A. TEORELL, *op. cit.*, pp. 37 et 38 ; L. PEEPERKORN, « Competition and sustainability: What can competition policy do? », pp. 50 et 51.

<sup>185</sup> 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, point 279.

<sup>186</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, pp. 727 à 730 ; I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *op. cit.*, pp. 798 à 809.

<sup>187</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *ibidem*, pp. 727 à 730 ; I. LIANOS, V. KORAH et P. SICILIANI, *ibidem*, pp. 798 à 809.

<sup>188</sup> 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, points 308 à 311.

<sup>189</sup> 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, points 329 et 331.

avons consacré de larges développements dans les parties précédentes. Rappelons seulement en synthèse que, dans cette affaire, la Commission avait décidé d'exempter un accord visant à interdire la production de lave-linges énergivores en prenant en considération les gains d'efficacité individuels pour les consommateurs ainsi que les avantages environnementaux pour la société dans son intégralité. En envisageant les mêmes faits sous l'angle d'un accord de normalisation, la Commission semble trouver un moyen de justifier sa décision initiale<sup>190</sup>. En effet, grâce à l'approche plus souple qu'elle entend adopter à l'égard des accords de normalisation, il lui est plus facile de combiner l'existence de gains d'efficacité qualitatifs avec celle de gains d'efficacité consistant en une baisse du coût d'énergie.

### **b) Proposition de révision de la Commission**

Dans la proposition de révision des Lignes directrices horizontales publiée le 1<sup>er</sup> mars 2022, la Commission entend apporter une solution à la problématique des accords durables dans le droit de la concurrence en développant davantage le cadre juridique actuel des accords de normalisation<sup>191</sup>.

Des caractéristiques fondamentales des accords de normalisation sont ainsi reprises et adaptées au contexte de la durabilité. Il en va par exemple de l'énumération de critères dont le respect empêcherait en principe l'existence d'effets restrictifs sur la concurrence<sup>192</sup>.

Dans cette proposition de révision des Lignes directrices, la Commission entend également présenter davantage d'orientations dans la situation où un accord durable de normalisation porterait atteinte à la concurrence et pourrait bénéficier du régime d'exemption de l'article 101(3) TFUE. Par exemple, à l'instar de ce qui existe dans le régime actuel des accords de normalisation, la Commission énonce pour la première condition de l'article 101(3) TFUE toute une série de gains d'efficacité que des accords durables de normalisation sont, à son sens, susceptibles de produire en insistant toutefois sur le fait que les gains devront toujours être justifiés et vérifiables<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *op. cit.*, p. 730.

<sup>191</sup> Annexe de la Communication de la Commission – Approbation du contenu d'un projet de 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, COM (2022) 1159 final, 1<sup>er</sup> mars 2022, points 561 et suivants (ci-après « Annexe de la Communication de la Commission »).

<sup>192</sup> Annexe de la Communication de la Commission, points 572 à 574.

<sup>193</sup> Annexe de la Communication de la Commission, points 577 à 579.

La suggestion la plus innovante dans le projet de la Commission tient sans doute à la manière par laquelle elle propose d'analyser la deuxième condition de l'article 101(3) TFUE qui exige que les consommateurs reçoivent une partie équitable des bénéfices allégués<sup>194</sup>. La Commission entend en effet distinguer entre trois types d'avantages : les avantages individuels de la valeur d'usage qui résultent de l'utilisation du produit et améliorent directement l'expérience des consommateurs (e.g. produits issus de l'agriculture biologique de meilleure qualité/plus sains) ; les avantages individuels de valeur de non-usage qui résultent uniquement des préférences des consommateurs (e.g. volonté d'acheter un véhicule plus respectueux de l'environnement) ; et enfin, les avantages collectifs bénéficiant à la société tout entière grâce à l'internalisation d'externalités négatives.

En ce qui concerne les avantages collectifs, la Commission reconnaît que ces gains d'efficacité peuvent se produire sur différents marchés mais insiste sur le fait qu'ils doivent nécessairement profiter aux mêmes consommateurs sur le même marché que ceux qui subissent les effets anticoncurrentiels<sup>195</sup>. Ce dernier point suscitera sans doute des critiques parmi les auteurs de doctrine en ce qu'il limite une nouvelle fois la prise en considération de ce type de gains d'efficacité alors même que leurs effets profitent à la société tout entière.

### **c) Regard critique**

A nos yeux, les accords de normalisation représentent une solution intéressante pour la conclusion d'accords durables entre entreprises dans le futur. Ils offrent en effet aux entreprises un cadre clair qui garantit la sécurité juridique et présentent l'avantage non négligeable de ne pas imposer une refonte totale du droit de la concurrence. Ainsi, la doctrine économique rigoureuse dite du « consumer welfare » peut-elle par exemple continuer à s'appliquer tout en permettant, le cas échéant, le recours à une méthode d'analyse plus flexible.

Même si elle ne règle pas toutes les problématiques liées à l'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence (e.g. conversion des gains d'efficacité qualitatifs, détermination du champ d'application des bénéficiaires, ...), la récente proposition de la Commission privilégiant le cadre juridique des accords de normalisation pour promouvoir les accords durables mérite, à notre avis, d'être encouragée.

---

<sup>194</sup> Annexe de la Communication de la Commission, points 588 à 608.

<sup>195</sup> Annexe de la Communication de la Commission, points 602 à 604.



Cela étant, opter pour la voie des accords de normalisation ne doit pas faire oublier les limites que présente cette solution.

Si l'idée d'utiliser des labels non contraignants et ouverts à toutes les entreprises comme le suggèrent les accords de normalisation nous semble être une solution pratique pour promouvoir des initiatives durables, il conviendrait à notre avis d'instaurer des limites à la création répétée de nouveaux labels afin de prévenir les risques d'abus. En effet, en plus de créer de la confusion dans le chef des consommateurs, la multiplication sans contrôle de labels durables est susceptible d'encourager des pratiques abusives et trompeuses, comme le phénomène de « greenwashing » dans le domaine de l'environnement, par des entreprises peu soucieuses en réalité des problématiques de développement durable<sup>196</sup>.

Par conséquent, s'il est fait le choix de privilégier la voie des accords de normalisation pour intégrer des objectifs durables dans le droit de la concurrence, il est nécessaire, à notre avis, qu'un système centralisé au sein des institutions européennes soit mis en place pour contrôler plus efficacement la réalité des objectifs durables poursuivis ou qu'un nombre limité en amont de labels durables soit accessible aux entreprises<sup>197</sup>. À cet égard, le département de l'autorité néerlandaise de la concurrence chargé spécifiquement à la protection des consommateurs a récemment proposé des orientations aux entreprises désireuses d'apposer des logos de développement durable sur leurs produits afin d'éviter les pratiques trompeuses ou les abus<sup>198</sup>. Bien que ces lignes directrices concernent davantage la protection des consommateurs, ces nouvelles recommandations opèrent des clarifications susceptibles d'avoir un intérêt sur les standards communs choisis par les entreprises promouvant des accords durables.

---

<sup>196</sup> Voy. à ce sujet la récente étude de l'association belge de protection des consommateurs Test Achats, disponible à <https://www.test-achats.be/maison-energie/environnement/news/labels-environnementaux-fiabiles>.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> ACM, « Guidelines sustainability claims », 2021, disponible à <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-claims>.

## V. CONCLUSION

Le concept juridique de développement durable figure aujourd'hui au centre des préoccupations des dirigeants nationaux et européens. Avant tout mobilisé pour répondre aux problématiques environnementales, force est toutefois de constater que, lorsque l'on retrace l'histoire de sa naissance dans le droit international, le concept juridique de développement durable recouvre aussi des dimensions économiques et sociales. De plus, il implique qu'un équilibre entre ses trois dimensions soit constamment recherché, aucune d'entre elles ne primant sur les deux autres. Le droit primaire de l'Union européenne a intégré ces enseignements du droit international au sein des articles 3 TUE, 11 TFUE et 37 de la Charte de l'UE. Même si la portée réelle de ces dispositions suscite encore des débats, il est sans conteste que le concept de développement durable fait aujourd'hui partie intégrante de la structure juridique de l'Union européenne comme le prouvent les récentes initiatives de droit dérivé menées par la Commission comme le Règlement Taxonomie sur les produits financiers et la Loi européenne sur le climat.

Faisant le constat de l'influence grandissante du concept de développement durable sur les politiques de l'Union européenne, certains auteurs et praticiens du droit de la concurrence estiment que le droit de la concurrence doit lui aussi intégrer des objectifs de développement durable. Si avant la modernisation du droit de la concurrence, la Commission, encore seule compétente pour examiner les accords entre entreprises et, le cas échéant, octroyer des exemptions, avait développé une méthode d'analyse assez flexible et discrétionnaire lui permettant de prendre en considération des objectifs environnementaux, sociaux, voire même industriels, il résulte des réformes entreprises à la fin des années 1990 et au début des années 2000 que les initiatives d'entreprises en matière de développement durable franchissent plus rarement le cap de l'article 101 TFUE. Le recours systématique à la doctrine économique du « consumer welfare », qui se focalise sur les effets redistributifs immédiats favorables aux consommateurs pour analyser les problèmes de concurrence et octroyer des exemptions aux accords anticoncurrentiels, rend plus difficile, en particulier, la prise en compte des effets positifs sur le long terme que les accords durables comportent.

Compte tenu des difficultés actuelles auxquelles sont confrontées les initiatives durables d'entreprises, les voix des tenants d'un droit de la concurrence plus durable s'élèvent pour critiquer cette approche économique au motif qu'elle serait contraire aux objectifs généraux

poursuivis par les traités, au prescrit de l'article 101 TFUE ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice. Cela étant, leurs arguments ne parviennent pas, pour l'heure, à surmonter l'obstacle pratique de la quantification des gains d'efficacité qualitatifs inhérents aux accords durables.

Des propositions de solutions sont pourtant aujourd'hui en cours d'élaboration. Parmi celles-ci, certaines plaident pour une adaptation de l'application et de l'interprétation de l'article 101 TFUE pour qu'il ne constitue plus un obstacle aux initiatives durables menées par les entreprises du secteur privé. D'autres propositions de solutions mettent en revanche davantage l'accent sur la nécessité d'agir par voie de législations générales et de recommandations sans pour autant modifier l'analyse actuelle des problèmes de concurrence. A cet égard, les accords de normalisation présentent un cadre juridique intéressant pour la conclusion plus répandue d'accords durables d'entreprises.

En tout état de cause, compte tenu de l'importance grandissante du concept de développement durable dans l'économie, il est indispensable que certains outils soient créés pour intégrer les préoccupations de durabilité dans l'analyse des problèmes de concurrence. A la vérité, peu importe la voie choisie, il sera avant tout primordial que les citoyens expriment leurs préoccupations auprès des dirigeants politiques pour que ceux-ci renforcent démocratiquement des législations, notamment en matière d'intégration d'objectifs de développement durable dans le droit de la concurrence, pour répondre aux urgences climatiques, environnementales et sociales sans aucun doute plus fréquentes à l'avenir.



## **VI. BIBLIOGRAPHIE**

### **A. LÉGISLATIONS**

#### ***1) Sources conventionnelles de droit international et de droit primaire de l'Union européenne***

- (1) Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, faite à Stockholm du 5 au 16 juin 1972.
- (2) Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, faite à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992.
- (3) Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, faite à Johannesburg du 26 août au 4 septembre 2002.
- (4) Version consolidée du traité sur l'Union européenne, *J.O.U.E.*, n° C 326, 26 octobre 2012.
- (5) Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, n° C 326, 26 octobre 2012.
- (6) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, n° C 326, 26 octobre 2012.

#### ***2) Les actes de droit dérivé de l'Union européenne***

- (7) Règlement (CEE) n°17 du Conseil du 21 février 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *J.O.U.E.* n°13, p. 204, 21 février 1962.
- (8) 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 (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 1, 4 janvier 2003.
- (9) Règlement (UE) n°1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, *J.O.U.E.*, L 335, 18 décembre 2010.
- (10) Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *J.O.U.E.*, L 335, 18 décembre 2010.
- (11) Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 102, 23 avril 2010.
- (12) Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088, *J.O.U.E.*, L 198/13, 22 juin 2020.

- (13) Règlement (UE) 2021/1119 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»), *J.O.U.E.*, L 243, 9 juillet 2021.

## **B. DOCTRINE**

### ***1) Ouvrages***

- (14) BARRAL, V., *Le développement durable en droit international*, 1ère éd, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- (15) BOSCO, D., et PRIETO, C., *Droit européen de la concurrence*, 1ère édition, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- (16) FITZMAURICE, M. A., *International Protection of the Environment*, Leiden Boston : Martinus Nijhoff, Collection Académie de droit international de La Haye, 2002.
- (17) JONES, A., SUFRIN, B. et DUNNE, N., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2019.
- (18) LIANOS, I., KORAH, V., et SICILIANI, P., *Competition Law: Analysis, Cases, and Materials*, Oxford, OUP, 2019.
- (19) NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102*, Oxford, OUP, 2018.
- (20) SANDS, PH., *Principles of International Environmental Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 2003.
- (21) SHAW, M., *International Law*, 8<sup>e</sup> éd., CUP, 2017
- (22) PÂQUES, M., et VERCHEVAL, C., *Droit wallon de l'Urbanisme*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2015.
- (23) TIMOSHENKO, A. S., « From Stockholm to Rio: The Institutionalisation of Sustainable Development », *Sustainable Development and International Law*, W. Lang (dir.), Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1995.
- (24) THIEFFRY, P., *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2020.
- (25) THIRION, N., DELVAUX, TH., FAYT, A., GOL, D., PASTEGER, D. et SIMONIS, M., *Droit de l'entreprise*, Larcier, Collection de la faculté de droit de Liège, 2013.
- (26) TRUILHÉ-MARENGO, E., *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2015.
- (27) WITT, A. C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Bloomsbury Publishing Plc, 2017.

### ***2) Articles***

- (28) AKNIN, A., FROGER, G., GERONIMI, V., MERAL, PH., SCHEMBRI, P., « Environnement et développement. Quelques réflexions autour du concept juridique de développement durable » *Développement durable ? Doctrines, pratiques, évaluations*, J.Y. Martin (dir.), Paris, IRD Editions, 2002, pp. 51 à 73.

- (29) BARRAL, V., et DUPUY, P.-M., « Principle 4: Sustainable Development through Integration », J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, pp. 157 à 181.
- (30) BROOK, O., « Struggling With Article 101(3) Tfeu: Diverging Approaches Of The Commission, Eu Courts, And Five Competition Authorities », *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, pp. 121 à 156.
- (31) CAUDAL, S. « Retour comparatiste sur l'intégration : les destinées contrastées du principe », M. A. Mekouar et M. Prieur (dir.), *Droit, humanité et environnement*, 1<sup>ère</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 211 à 228.
- (32) COATES, K., et MIDDELSCHULTE, D., « Getting Consumer Welfare Right: the competition law implications of market-driven sustainability initiatives », *European Competition Journal*, vol. 15, 2019, pp. 318 à 326.
- (33) DOLMANS, M., « Sustainable Competition Policy and the “Polluter Pays” Principle », S. Holmes, D. Middelshulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 21 à 37.
- (34) DUBOIS, J.-L., et MAHIEU, FR.-R., « La dimension sociale du développement durable : réduction de la pauvreté ou durabilité sociale », *Développement durable ? Doctrines, pratiques, évaluations*, J.Y. Martin (dir.), Paris, IRD Editions, 2002, pp. 73 à 95.
- (35) FIEVET, G., « Réflexions sur le concept de développement durable : préention économique, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *R.B.D.I.*, 2001/1-2, pp. 128 et suivantes.
- (36) GASSLER, M., « Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, 2021, pp. 430 à 442.
- (37) GERBER, D., « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), L.G.D.J., 2006, pp. 107 à 128.
- (38) GERBER, D., « Two Forms of Modernization in European Competition Law », *Fordham Int'l LJ*, vol. 31(5), 2008, pp. 1235 et suivantes.
- (39) GERBRANDY, A., « Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law », *World Competition*, vol. 40, 2017, pp. 539 et suivantes.
- (40) HERVÉ-FOURNEREAU, N., « Le “principe” d'intégration des exigences de la protection de l'environnement : essai de clarification juridique », *Liber Amicorum Jean Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, pp. 643 à 688.
- (41) HOLMES, S., « Climate Change, Sustainability, and Competition Law », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8, 2020, pp. 354 et suivantes.
- (42) INDERST, R., et THOMAS, S., « Prospective Welfare Analysis – Extending Willingness-to-Pay Assessment to Embrace Sustainability », *Journal of Competition Law & Economics*, 2021, pp. 1 à 33.
- (43) KINGSTON, S., « Introduction », S. Holmes, D. Middelshulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. III à IX.

- (44) LIANOS, I., « Polycentric Competition Law », *Current Legal Problems*, vol. 71(1), 2018, pp. 161 à 213.
- (45) LOOZEN, E., « Strict Competition Enforcement And Welfare: A Constitutional Perspective Based On Article 101 TFEU And Sustainability », *Common Law Market Review*, vol. 56, 2019, pp. 1265 à 1302.
- (46) MIDDELSCHULTE, D., « Preface: Competition Policy as an Enabler of a Sustainable Economy », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 391 à 396.
- (47) MISONNE, D., « Chroniques. Droit du climat et de l'environnement », *J.D.E.*, 2021/6, pp. 319 à 328.
- (48) NOWAG, J., *Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper*, OECD, 2020.
- (49) NOWAG, J., et TEORELL, A., « Beyond Balancing: Sustainability and Competition Law », *Concurrence*, vol. 4, 2020, pp. 34 à 39.
- (50) PARTSCH, P.-E., « Cadre général européen de la finance durable » Th. Tilquin, *et al.* (dir.), *Les instruments de droit des sociétés et de droit financier de l'économie durable*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 91 à 116.
- (51) PEEPERKORN, L., « Competition and sustainability: What can competition policy do? », *Concurrence*, vol. 4, 2020, pp. 40 à 52.
- (52) PEEPERKORN, L., « European Union », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 405 à 414.
- (53) RISTANIEMI, M., et WASASTJERNA, M., « Sustainability and Competition: Unlocking the Potential », *Concurrence*, vol. 4, 2020, pp. 53 à 65.
- (54) SCHINKEL, M. P., et TREUREN, L., « Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 69 à 88.
- (55) SCHWEITZER, H., *Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship: The Example of Art. 81 EUI Working Paper*, Law, 2007/30, 2007.
- (56) SCHWEITZER, H., et PATEL, K. K., « EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change », H. Schweitzer et K. K. Patel (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, OUP, 2013, pp. 207 à 230.
- (57) van den BRINK, E., et ELLISON, J., « Article 101(3) TFEU : the Roadmap for Sustainable Cooperation », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 39 à 54.
- (58) van DIJK, TH., « A New Approach to Assess Certain Sustainability Agreements under Competition Law », S. Holmes, D. Middelschulte, M. Snoep (dir.), *Competition law, climate change & environmental sustainability*, New York, New York: Institute of Competition, 2021, pp. 55 à 68.



- (59) VERDURE, C., « La protection de l'environnement à la suite du Traité de Lisbonne : quelles conséquences liées à la consécration du principe de cohérence ? », *C.D.E.*, 2017/2, pp. 467 à 495.
- (60) WARDHAUGH, B., « Crisis Cartels: Non-Economic Values, the Public Interest, and Institutional Considerations », *European Competition Journal*, vol. 10, 2014, pp. 311 à 340.
- (61) WOUTERS, D., « Which Sustainability Agreements Are Not Caught by Article 101(1) TFEU? », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12(3), 2021, pp. 257 à 270.
- (62) WITT, A. C., « Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order », *European Competition Journal*, vol. 8, 2012, pp. 443 à 471.

### C. JURISPRUDENCE

- (63) C.J.C.E., 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167.
- (64) C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327.
- (65) C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41.
- (66) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, affaire C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430.
- (67) C.J.C.E., 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contre Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, affaire C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98.
- (68) C.J.C.E., 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684, points 72 et 73.
- (69) C.J.C.E., 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492.
- (70) C.J.U.E., 11 septembre 2014, *MasterCard e.a. c. Commission*, affaire C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201.
- (71) Trib., 28 février 2002, *Compagnie générale maritime et autres contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50.
- (72) Trib., 24 mai 2012, *MasterCard, Inc. e.a. contre Commission européenne*, affaire T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260.
- (73) Comm. Déc. 93/49/CEE, 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*), *J.O.U.E.*, L 20, 28 janvier 1993.
- (74) Comm. Déc. 94/296/CE, 29 avril 1994, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/34.456 – *Stichting Baksteen*), *J.O.U.E.*, L 131/15, 26 mai 1994.
- (75) Comm. Déc. 94/770/CE, 6 octobre 1994, relative à une procédure engagée en vertu de l'article 85 du traité CEE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/34.776 – *Pasteur Mérioux-Merck*), *J.O.U.E.*, L 309/1, 2 décembre 1994.

(76) Comm. Déc. 2000/475/CE, 24 janvier 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV.F.1/36.718– *CECED*), *J.O.U.E.*, L 187, 26 juillet 2000.

#### **D. AUTRES SOURCES**

(77) Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, 28 avril 1999, Programme de la Commission n°99/027, COM (1999) 101 final, *J.O.U.E.*, C 132/1, 12 mai 1999.

(78) Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, C 101, 27 avril 2004.

(79) 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, *J.O.U.E.*, C 11/1, 14 janvier 2011.

(80) Communication de la Commission – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, 11 décembre 2019.

(81) Communication de la Commission – Le budget de l'Union: moteur du plan de relance pour l'Europe, COM (2020) 442 final, 27 mai 2020.

(82) Communication de la Commission – Pacte européen pour le climat, COM (2020) 788 final, 9 décembre 2020.

(83) Communication de la Commission – Approbation du contenu d'un projet de 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, COM (2022) 1159 final, 1<sup>er</sup> mars 2022.

(84) M. VESTAGER, « Competition and sustainability » (GCLC Conference on Sustainability and Competition Policy, Brussels, 24 October 2019) disponible sur [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability_en), consulté le 26 janvier 2022.

(85) Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel sur la politique de concurrence, P8\_TA(2019)0062, 31 janvier 2019.

(86) Discours sur l'état de l'Union 2020 de la présidente von der Leyen en session plénière du Parlement européen disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu\\_2020\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu_2020_fr.pdf).

(87) de BRUYN, S., AHDOUR, S., BIJLEVELD, M., de GRAAFF, L., SCHEP, E., SCHROTEN, A. et VERGEER, R., *Environmental Prices Handbook 2017: Methods and Numbers for Valuation of Environmental Impacts*, disponible sur [https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2021/03/CE\\_Delft\\_7N54\\_Environmental\\_Prices\\_Handbook\\_2017\\_FINAL.pdf](https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2021/03/CE_Delft_7N54_Environmental_Prices_Handbook_2017_FINAL.pdf)

(88) FCO, « Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften—Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis » (FCO Press Release, 1 October 2020), disponible en langue allemande sur

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/AK\\_Kartellrecht\\_2020\\_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=65CE07A804BFC9740D4C58C8DD7413CA.1\\_cid387?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=65CE07A804BFC9740D4C58C8DD7413CA.1_cid387?__blob=publicationFile&v=2) ;

- (89) OECD, « Sustainability and Competition – Note by Germany », disponible sur [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2020/OECD\\_2020\\_Sustainability\\_and\\_Competition.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/OECD_2020_Sustainability_and_Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=2).
- (90) HCC, « Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law », 2020, disponible sur [https://www.epant.gr/files/2020/Staff\\_Discussion\\_paper.pdf](https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf).
- (91) ACM, « Draft Guidelines for sustainability agreements », 2020, disponible sur <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>.
- (92) ACM, « Guidelines sustainability claims », 2021, disponible à <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-claims>.
- (93) Test Achats, « Aucune confiance dans les labels verts actuels », disponible à <https://www.test-achats.be/maison-energie/environnement/news/labels-environnementaux-fiabiles>.



