

3 Les accords de durabilité ou la promotion du développement durable par le droit des ententes



Lucas BETTONI,

maître de conférences à l'université Toulouse Capitole,
Centre de droit des affaires (EA780), Institut national universitaire Champollion

La présente étude s'intéresse aux accords passés entre entreprises qui poursuivent des objectifs de développement durable (lutte contre le changement climatique, préservation des ressources naturelles, respect des droits de l'homme, garantie du bien-être animal, etc.). Les nouvelles lignes directrices « *horizontales* » et « *agricoles* » montrent que des dérogations « *incitatives* » à l'interdiction des ententes peuvent constituer des leviers d'action efficaces dans ce domaine pour les pouvoirs publics. Ces récentes orientations sur les accords de durabilité sont par ailleurs révélatrices d'un changement d'approche de la Commission sur certains concepts fondamentaux de l'analyse concurrentielle des restrictions.

1 - Concurrence et développement durable, ce vieux couple. – La question des interactions entre la concurrence et le développement durable n'est pas nouvelle¹. La promotion de marchés durables constitue, avec la libre concurrence, un des piliers de la construction européenne, tirant sa source des textes fondateurs de l'Union. Ainsi, l'article 2 du traité de Maastricht du 7 février 1992 énonçait déjà que l'Union « *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* »². Quant à l'article 11 du TFUE, qui reprend les termes de l'article 130 R du TUE version 1992, il dispose 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* ». La conciliation des objectifs étant une nécessité, il est normal que la politique de concurrence interagisse avec les problématiques de développement durable et que la prise en considération des secondes par la première n'a cessé, depuis 1992, de susciter le débat.

2 - Intensification du dialogue. – Si l'intérêt des acteurs institutionnels de la concurrence pour les questions d'économie sociale, d'emploi ou d'environnement est ancien³, les réflexions sur les interactions n'ont jamais été aussi fécondes qu'aujourd'hui. Face à l'urgence climatique et à la recrudescence des crises de toutes sortes, les initiatives se multiplient chez les régulateurs⁴ comme

les législateurs⁵, sous les formes les plus diverses (textes de loi, lignes directrices, rapports, tables rondes, appels à propositions, communiqués de presse, etc.), et à tous les échelons (au sein de l'Union et à l'intérieur des États membres, mais aussi à l'international⁶), pour mieux adapter les règles de concurrence aux défis environnementaux et sociétaux de notre temps. En France, l'Autorité de la concurrence fait désormais la part belle au développement durable. En témoigne la création fin 2019 d'un réseau dédié au développement durable, chargé de développer, en interne, l'expertise de ses services sur le sujet⁷. En attestent également les trois derniers rapports annuels d'activités du régulateur français où la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dommageables à l'environnement et l'accompagnement des entreprises dans la promotion de comportements vertueux sont érigés en axe prioritaire⁸. Le développement durable fait aussi office de priorité auprès des institutions européennes. Dans le prolongement du Pacte vert visant à « *transformer l'UE en une société juste et prospère, dotée d'une économie moderne, efficace dans l'utilisation des ressources et compétitive* »⁹, la Commission a ainsi lancé en octobre 2020 un appel à propositions sur l'appui que la politique de concurrence doit apporter aux objectifs du *Green Deal*¹⁰. Les résultats de cette

1. En France, V. l'article pionnier de L. Idot, *Environnement et droit communautaire de la concurrence* : JCP G 1995, I, 3852.

2. Aujourd'hui TUE, art. 3, § 3.

3. V. déjà Comm. CE, Lettre aux États membres portant sur l'encadrement des aides d'États à l'environnement SEC (74) 4264, 6 nov. 1974.

4. En Grèce, Hellenic Competition Commission, *Staff discussion paper on sustainability issue and competition law*, 2020. – Aux Pays-Bas, *Autoriteit Consument & Markt, Guidelines on sustainability agreements – opportunities within competition law*, 2021. – Au Royaume-Uni, *Competition and Markets Authority, Guidance, Environmental sustainability agreements and competition laws*, 2021.

5. L'Autriche est allée encore plus loin que ses voisins en introduisant en 2021, dans sa loi sur les cartels, une dérogation aux accords environnementaux qui s'écarte du cadre général d'exemption prévu par le TFUE : *Kartellgesetz 2005*, § 2, sect. 1(b).

6. V. les nombreux travaux consacrés au sujet ces dernières années par l'OCDE, tous disponibles sur son site internet : *Les accords horizontaux dans le contexte environnemental* (2010) ; *Droit de la concurrence et conduite responsable des entreprises* (2015) ; *La promotion de la concurrence et la protection des droits de l'Homme* (2016) ; *Problématique de la concurrence sur les marchés du travail* (2019) ; *Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence* (2021).

7. Aut. conc., Élise Provost est nommée conseiller du Rapporteur général et responsable du réseau développement durable de l'Autorité de la concurrence : Communiqué de presse, 7 sept. 2022.

8. Aut. conc., *Rapp. annuel 2020*, spéc. p. 40 à 43. – Aut. conc., *Rapp. annuel 2021*, spéc. p. 7. – Aut. conc., *Rapp. annuel 2022*, spéc. p. 30.

9. Comm. UE, *Le pacte vert pour l'Europe*, 11 déc. 2019, Doc. COM (2019) 640 final.

10. Comm. UE, *Competition contributing to the European Green Deal, Call for contributions*, 13 oct. 2020.

vaste consultation, qui ont été synthétisés dans un « *Policy Brief* » publié en septembre 2021¹¹, auront permis au régulateur européen d'affiner sa doctrine. Et nul doute que certaines des contributions reçues ont inspiré la rédaction des nouveaux textes étudiés ci-après.

3 - Quelle contribution de la politique de concurrence au développement durable ? – La question n'est plus tant de savoir si le droit de la concurrence est légitime à se saisir des problématiques de développement durable, mais bien d'identifier les solutions que cette matière offre. À cet égard, la capacité d'action du droit de la concurrence ne doit pas être surestimée. Ainsi que l'appel à contributions le soulignait, la réglementation (interdiction de matériaux polluants, tarifs préférentiels pour les systèmes à énergie renouvelable, imposition de critères environnementaux dans les marchés publics, etc.) et la fiscalité (octroi de crédits d'impôt, taxe carbone, etc.) constitueront toujours pour les pouvoirs publics de meilleurs leviers de réalisation d'objectifs de durabilité¹². Cela étant dit, cette branche du droit du marché, dans la limite de sa raison d'être – la préservation du système de libre concurrence – et dans la limite de ses moyens – le contrôle *ex ante* des structures d'entreprises et la sanction *ex post* des comportements déviants –, peut apporter sa modeste contribution au défi monumental que représente le développement durable. Dès lors, en quoi peut consister cet apport ? À la réflexion, il semble que la politique de concurrence puisse efficacement promouvoir le développement durable de deux manières complémentaires : par une application des règles de concurrence vigoureuse d'abord ; par une application adoucie ensuite.

4 - Application offensive des règles de concurrence. – La plupart des autorités de concurrence dans le monde ont fait le choix politique de s'attaquer avec véhémence aux agissements anticoncurrentiels les plus dommageables au développement durable en mobilisant l'entière de l'arsenal processuel et répressif à leur disposition. Plusieurs célèbres décisions rendues par le gendarme français ou européen dans le domaine des ententes et abus de domination reflètent ce premier mouvement d'application des règles : condamnations d'accords limitant la durabilité des produits¹³, l'innovation en matière de développement durable¹⁴ ou encore la transparence sur les qualités durables¹⁵ ; sanction de comportements unilatéraux empêchant l'émergence de concurrents plus vertueux¹⁶. La vigilance des autorités est aussi de mise dans le contrôle des concentrations. Par exemple, la Commission a mis l'accent sur la nécessité d'empêcher la réalisation par des entreprises polluantes d'acquisitions prédatrices de sociétés évoluant dans l'innovation verte¹⁷. Elle indique avoir tenu compte de ce danger dans l'élaboration de sa communication pour la mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004 en vertu de laquelle les autorités nationales de concurrence sont désormais autorisées à se saisir d'opérations en deçà des seuils de contrôlabilité¹⁸.

5 - Application souple des règles de concurrence. – Cette seconde démarche consiste à orienter les entreprises vers les comportements les plus vertueux, à encourager l'adoption d'attitudes plus résilientes et « vertes » sur le marché, grâce à la mise en place de dérogations « incitatives » aux interdictions des distorsions de concurrence. C'est ainsi que certaines aides nationales peuvent bénéficier d'une exemption et donc échapper au grief d'illégalité dès lors qu'elles visent à favoriser les technologies vertes au détriment des projets impliquant les énergies fossiles ou encore à accroître l'efficacité énergétique des constructions. Les lignes directrices de 2022 concernant les aides d'État au climat montrent combien ce pan du droit de la concurrence constitue un puissant instrument d'incitation¹⁹. Objet de la présente étude, le droit des ententes n'est pas non plus inactif sur ce plan. En effet, plusieurs textes européens, récemment adoptés, procèdent de cette méthode douce de régulation.

6 - Lignes directrices « verticales ». – Pour l'année 2022, sont à mentionner les nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales²⁰, même si très peu de développements sont consacrés au développement durable. La Commission a cependant le mérite de reconnaître l'existence d'« *accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité* » et de considérer que de tels accords s'apprécient selon les principes énoncés « *tout en tenant compte de l'objectif spécifique qu'ils poursuivent* ». C'est dire qu'un principe d'intégration du développement durable dans l'analyse concurrentielle des ententes verticales est acquis. Il est cependant regrettable que cette logique d'intégration ne soit pas par la suite détaillée, la Commission s'étant contentée de l'illustrer par deux exemples, l'un en distribution sélective²¹, l'autre pour l'approvisionnement exclusif²².

7 - Lignes directrices « horizontales ». – La promotion du développement durable en droit des ententes est plus poussée dans les nouvelles lignes directrices sur les restrictions horizontales de concurrence parues à l'été 2023²³. Alors que les ententes en faveur de la durabilité furent quasi absentes des précédentes lignes directrices horizontales²⁴, les nouvelles consacrent un chapitre entier aux « *accords de durabilité* ». Ces longs et riches développements visent à fournir aux entreprises « *des indications sur la façon dont les types d'accords de coopération horizontale les plus courants seront appréciés au regard de l'article 101 lorsqu'ils poursuivent des objectifs de développement durable* »²⁵.

8 - Lignes directrices « agricoles ». – *Last but not least*, l'exécutif européen a rendu publiques, fin 2023, des lignes directrices sur sa manière de concevoir les accords de durabilité dans un secteur d'activité spécifique, particulièrement confronté aux problématiques de durabilité : l'agriculture²⁶. Distincts des accords de durabilité définis par les lignes directrices « horizontales » qui, comme

11. Comm. UE, *Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition : Competition Policy Brief* n° 1/2021, 10 sept. 2021.

12. Comm. UE, *Competition contributing to the European Green Deal, Call for contributions*, 13 oct. 2020, p. 1.

13. Aut. conc., déc. n° 17-D-20, 18 oct. 2017, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

14. Comm. UE, 8 juill. 2021, AT.40178, Émissions des véhicules automobiles : JOUE n° C 458/16, 12 nov. 2021.

15. Aut. conc., déc. n° 21-D-21, 9 sept. 2021, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport routier des marchandises.

16. Aut. conc., déc. n° 14-D-09, 4 sept. 2014, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso.

17. Comm. UE, *Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition*, préc., p. 3. – Sur ce risque, V. R. Allouche, *Acquisitions prédatrices et développement durable* : D. 2023, p. 2142.

18. Comm. UE, *Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires* : JOUE n° C 113, 31 mars 2021.

19. Comm. UE, *Lignes directrices concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022* : JOUE n° C 80, 18 févr. 2022.

20. Comm. UE, *Lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE n° C 248/1, 30 juin 2022.

21. Comm. UE, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, pt 144, considérant licites des critères de sélection des points de vente se référant à la réalisation d'objectifs de durabilité (fourniture de services de recharge, installations de recyclage et livraison des biens par des moyens durables).

22. Comm. UE, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, pt 316, autorisant une exclusivité supérieure à 5 ans pour les accords de fourniture d'énergie renouvelable.

23. Comm. UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale* : JOUE n° C 259, 21 juill. 2023.

24. Comm. UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale* : JOUE n° C 11, 14 janv. 2011, ne leur consacrant qu'une note de bas de page (p. 7). À noter cependant que les avant-dernières lignes directrices dédièrent quelques développements aux « *accords environnementaux* » : Comm. UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* : JOUE n° C 3, 6 janv. 2001, p. 26 à 28.

25. Comm. UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, pt 3.

26. Comm. UE, *Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 TFUE pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de*

nous le verrons, obéissent à une grille d'analyse concurrentielle plutôt classique, les accords de durabilité dans l'agriculture ont ceci d'original qu'ils découlent d'une nouvelle exclusion des règles de concurrence de l'Union introduite par le législateur européen dans le cadre de la réforme récente de la politique agricole commune (ci-après « PAC ») pour la période 2023-2027²⁷. De cette spécificité des marchés agricoles, il en résulte un traitement différencié des accords de durabilité, plus avantageux pour leurs parties que le régime « commun » des lignes directrices « horizontales ».

9 - Une évolution perceptible dans la justification des ententes. – En dépit de disparités techniques dans les tests de conformité instaurés, une même évolution fondamentale semble à l'œuvre dans ces deux textes de *soft law* s'agissant du rachat d'ententes. En la matière, le droit européen préfère l'approche catégorielle à l'analyse individuelle et, pour cette dernière, la Commission privilégie, depuis une vingtaine d'années, la méthode du bilan « concurrentiel » tournée vers les gains d'efficacité, le bien-être du consommateur et l'allocation optimale des ressources²⁸. Or, en faisant reposer le sauvetage d'accords de durabilité sur des arguments non purement économiques (la lutte contre le changement climatique, la réduction des déchets, la préservation du bien-être animal, etc.), la Commission paraît encline à assouplir sa doctrine économique en l'ouvrant aux considérations extraconcurrentielles d'économie sociale de marché²⁹.

Si cette même tendance irradie les lignes directrices « horizontales » et « agricoles », il n'en reste pas moins que la justification des accords de durabilité y emprunte des chemins différents. C'est pourquoi il convient d'analyser distinctement accords de durabilité dits « généraux » (1) et accords de durabilité spécifiques aux marchés agricoles (2).

1. Les accords de durabilité dans les lignes directrices « horizontales »

10 - Considérations liminaires. – Les nouvelles lignes directrices « horizontales » consacrent tout un chapitre, d'une quinzaine de pages, aux « accords de durabilité », le terme servant à désigner « tout accord de coopération horizontale qui poursuit un objectif de développement durable, indépendamment de la forme de la coopération »³⁰. Ce chapitre débute par des considérations générales sur la notion de développement durable³¹, son caractère de principe-clé en droit de l'UE³² et sa nature tridimensionnelle³³.

²⁷ L'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, 7 déc. 2023, C (2023) 8306 final.

²⁸ V. L. Bettoni, *Droit européen de la concurrence : la matière agricole s'enrichit d'une nouvelle exception aux règles sur les ententes* : *Comm. com. électr.* 2022, focus 9.

²⁹ Pour des riches explications de l'évolution du bilan, J.-C. Roda et M.-A. Frison Roche, *Droit de la concurrence* : Dalloz, 2^e éd., 2022, n° 452 s.

³⁰ La prise en compte d'intérêts publics extraconcurrentiels est au cœur d'un débat plus global en droit de la concurrence : V. C. Prieto (dir.), *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence* (Colloque Univ. Paris 1 Panthéon Sorbonne, 26 nov. 2020) : *Concurrences* 2-2021, p. 2 s.

³¹ *Comm. UE, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, pt 521.

³² *Comm. UE, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, pt 517 : « la capacité de la société de consommer et utiliser les ressources disponibles aujourd'hui sans compromettre la capacité des générations futures de répondre à leurs propres besoins ».

³³ *Comm. UE, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, pt 517 : « englobe les activités qui soutiennent le développement économique, environnemental et social, y compris les droits des travailleurs et les droits de l'homme ».

Viennent ensuite des rappels sur la capacité de la concurrence à contribuer par elle-même aux objectifs de durabilité et sur l'aptitude de l'*antitrust* à résoudre les défaillances du marché. Dans cette optique, les accords de coopération sont présentés comme des remèdes aux « externalités négatives » que les réglementations publiques ne peuvent à elles seules corriger. C'est donc une contribution complémentaire du droit de la concurrence, en soutien aux politiques de régulation, qui est prônée, par l'incitation des acteurs privés à l'usage de l'outil contractuel.

11 - Exposé d'une méthode d'analyse. – Au-delà des déclarations d'intention, la Commission offre aux entreprises destinataires un cadre précis pour les aider à autoévaluer la compatibilité de leurs initiatives avec les règles des ententes. La grille d'évaluation est plutôt bien structurée, grâce à des divisions formelles qui marquent les étapes à suivre dans l'analyse concurrentielle. Ainsi, une première section présente des exemples d'accords de durabilité qui, d'après la Commission, sont peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence et qui, par conséquent, ne relèvent pas de l'article 101 du TFUE (A). Lorsque l'accord en question a un effet négatif sur un ou plusieurs paramètres de la concurrence, une seconde section fournit des orientations quant aux aspects spécifiques de l'appréciation du caractère anticoncurrentiel (B). Enfin, une troisième section précise la manière dont un accord de durabilité qui restreint la concurrence peut bénéficier de l'exemption prévue par l'article 101, § 3, du TFUE (C).

A. - Étape 1 : L'exclusion

12 - Des accords de durabilité hors champ du droit des ententes. – Les accords de durabilité ne soulèvent pas tous des problèmes de concurrence. Ainsi, certains d'entre eux ne relèvent pas du champ d'application de l'article 101 du TFUE dans la mesure où ils sont sans incidence négative sur les paramètres de concurrence (prix, quantité, qualité, choix et innovation). Plusieurs exemples illustratifs, mais non exhaustifs, sont donnés, dont les accords relatifs aux comportements internes d'entreprise (par exemple, des firmes concurrentes qui, pour accroître leur réputation dans un secteur, conviendraient d'adopter des mesures visant à éliminer de leurs locaux professionnels les produits en plastique à usage unique, de ne pas dépasser une température ambiante définie dans leurs bâtiments, etc.), ou encore ceux se rapportant à l'organisation de campagnes de sensibilisation, dès lors que ces opérations à destination des consommateurs ne constituent pas une promotion commune de produits spécifiques.

B. - Étape 2 : Le caractère anticoncurrentiel

13 - Appréciation des accords de durabilité au sens de l'article 101, § 1, du TFUE. – Lorsqu'ils ont un effet négatif sur un ou plusieurs paramètres de la concurrence, les accords de durabilité doivent être appréciés au regard de l'article 101, § 1, du TFUE. En somme, une restriction de concurrence par l'objet ou par l'effet ne doit pas en résulter.

14 - Alternative objet/effet anticoncurrentiel. – Tout d'abord, la Commission se veut rassurante. Les lignes directrices indiquent en effet que, lorsque l'objet principal d'un accord de coopération entre concurrents possiblement anticoncurrentiel est la poursuite d'un objectif de développement durable (réduire les émissions de gaz à effet de serre, limiter l'utilisation des ressources naturelles, garantir un revenu de subsistance, réduire le gaspillage alimentaire, etc.), un tel accord ne sera pas traité comme une entente par l'objet. Cette précision liminaire est bienvenue, tant on sait que la qualification d'objet contractuel emporte de fâcheuses conséquences pour les entreprises mises en cause devant les autorités de concurrence³⁴.

³⁴ La qualification présume en effet l'affectation du marché et la restriction sensible de la concurrence. V. CJCE, 13 juill. 1966, aff. jtes 56 et 58-64, *Grundig c/ Commission* : *Rec. CJCE* 1966, p. 429.

15 - Safe harbour pour les « accords de normalisation en matière de durabilité ». – Ensuite, la section attribue aux accords qui fixent une norme de développement durable (par exemple, des normes destinées à accorder aux animaux davantage d'espace et de meilleures conditions de vie ou à éliminer l'usage de procédés de fabrication non durables, comme la production d'acier à partir de charbon) une « zone de sécurité informelle » dès lors qu'ils remplissent un certain nombre de conditions.

16 - Six conditions cumulatives. – Premièrement, la procédure d'élaboration de la norme de durabilité doit être transparente et l'ensemble des concurrents intéressés doivent être en mesure d'y participer. Deuxièmement, la norme ne doit pas obliger les entreprises ne souhaitant pas y participer. Troisièmement, les entreprises participantes doivent rester libres d'appliquer des normes de durabilité plus exigeantes. Quatrièmement, les parties ne doivent pas échanger d'informations commercialement sensibles qui ne sont pas objectivement nécessaires et proportionnées pour l'élaboration ou la mise en œuvre de la norme. Cinquièmement, l'accès effectif et non discriminatoire au résultat de la procédure d'élaboration des normes doit être garanti. Sixièmement, la norme de durabilité doit satisfaire l'une des deux conditions suivantes : 1) l'absence d'augmentation considérable du prix ou de réduction conséquente de la qualité des produits concernés ; 2) le non-dépassement du seuil de 20 % pour la part de marché détenue en cumulé par les entreprises participantes.

17 - Nature de la zone de sécurité. – Les zones de sécurité sont bien connues en droit de la concurrence : elles consistent à exclure du champ du contrôle des autorités de concurrence certaines catégories d'accords dont on présume qu'ils ne sont pas susceptibles d'entraver de façon significative le libre jeu de la concurrence³⁵. Le plus souvent, ces zones de sécurité prennent la forme de règlements d'exemption pris par la Commission pour différents types d'accords (distribution, transport, recherche et développement, etc.). Il peut être tentant d'assimiler la zone de sécurité en faveur des accords de normalisation en matière de durabilité à une exemption catégorielle, d'autant que les lignes directrices indiquent, à l'instar des règlements d'exemption, qu'une appréciation individuelle des accords en question reste possible lorsque l'une ou plusieurs des conditions posées ne sont pas respectées. Il ne peut cependant s'agir d'une exemption. En effet, la présomption de légalité intervient ici au stade du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE, c'est-à-dire lors de la qualification de la restriction de concurrence, et non de son paragraphe 3. D'ailleurs, l'exécutif européen indique expressément que l'exemption individuelle reste envisageable en cas de non-respect des conditions de la zone de sécurité informelle³⁶. Parce qu'elle trouve son siège dans l'article 101, § 1, du TFUE, la zone de sécurité informelle pourrait être une illustration de l'emploi par le droit européen du concept américain de la « règle de raison »³⁷. Cependant, la zone de sécurité ne constitue pas non plus une application de la *rule of reason*, laquelle consiste en une mise en balance d'aspects uniquement pro et anticoncurrentiels au cas par cas. En effet, pour les accords de normalisation en matière de durabilité, la justification ne repose pas sur la mise en œuvre *a posteriori* d'un bilan concurrentiel, mais sur la satisfaction *a priori* d'obligations de faire et de ne pas faire qui « garantissent que la norme de durabilité n'entraîne pas de

restriction sensible de la concurrence »³⁸. En définitive, la zone de sécurité informelle emprunte sa logique à la fois à l'exemption catégorielle et à la règle de raison, sans que l'on puisse toutefois la rattacher à l'une ou l'autre de ces notions.

C. - Étape 3 : L'exemption

18 - Appréciation des accords de durabilité au sens de l'article 101, § 3, du TFUE. – Un accord de durabilité qui restreint la concurrence au sens de l'article 101, § 1 peut bénéficier de l'exemption individuelle de l'article 101, § 3 si les parties sont en mesure de démontrer que les trois conditions cumulatives de cette disposition sont satisfaites. À propos de cette ultime phase de l'analyse concurrentielle, force est d'admettre que la méthodologie décrite n'a rien de révolutionnaire. Ainsi, les explications données par la Commission se réfèrent à de multiples reprises à ses propres lignes directrices de 2004 relatives à l'application de 101, § 3³⁹. L'unique plus-value réside dans l'appréciation des gains d'efficacité « qualitatifs » générés par les accords de durabilité (amélioration de la diversité et de la qualité des produits, des procédés de production ou de distribution et accroissement des innovations) et sur la réception de ces bénéfices par les consommateurs (condition 1). À cet égard, trois sortes d'avantages peuvent être pris en compte dans le bilan de l'entente.

19 - Avantages individuels de la valeur d'usage. – Tout d'abord, les accords de durabilité peuvent produire des gains d'efficacité « traditionnels », sous la forme d'une meilleure qualité du produit, d'une diversité accrue de produits ou d'une baisse de prix. Par exemple, les légumes cultivés avec les engrais organiques peuvent avoir meilleur goût ou être plus sains pour la santé des consommateurs que les légumes cultivés avec des engrais non organiques. De même, remplacer le plastique de certains produits par des matériaux plus durables peut accroître la durée de vie des produits en question. La Commission parle d'« avantages individuels de la valeur d'usage », car les consommateurs tirent ces gains d'efficacité de leur utilisation du produit couvert par l'accord de durabilité.

20 - Avantages individuels de la valeur de non-usage. – Ensuite, les bénéfices que les consommateurs retirent des accords de durabilité peuvent consister en des avantages indirects, résultant de l'appréciation de l'incidence de leur consommation de produits durables sur les autres utilisateurs finals. Par exemple, les consommateurs choisissent un liquide de lavage non pas parce qu'il lave mieux, mais parce qu'il pollue moins l'eau. Pareillement, les consommateurs peuvent être disposés à déboursier davantage pour des meubles fabriqués à partir de bois provenant de forêts durablement cultivées non pas en raison de la meilleure qualité des meubles, mais parce qu'ils souhaitent mettre fin à la déforestation. Dans ces cas, l'expérience d'utilisation des produits n'est pas directement optimisée : le liquide « vert » lave moins bien ou les meubles durables, plus chers, ne sont pas forcément plus esthétiques ou solides. Mais les consommateurs sont disposés à payer davantage pour ces produits plus durables dans un souci de bénéfice de la société et des générations futures. Pour la Commission, ces consommateurs perçoivent ces produits durables comme étant d'une meilleure qualité, précisément en raison des avantages qui profitent aux autres. D'un point de vue économique donc, ces avantages qualitatifs indirects ne diffèrent pas, selon elle, des avantages de la première catégorie.

21 - Avantages collectifs. – Enfin, les avantages en matière de durabilité qui se produisent en dehors du marché en cause et qui profitent à une partie plus large de la société peuvent également

35. V. J.-C. Grall et C. Bellone-Closset, *Agriculture et concurrence : quel safe harbour pour les agriculteurs qui souhaitent se regrouper ?* : RLC 2018, n° 76, p. 28.

36. Comm. UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, pt 555.

37. Sur cette notion et son usage limité en droit interne et européen, J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution* : LGDJ, 12^e éd., 2022, 829.

38. Comm. UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, pt 550.

39. Comm. CE, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité* : JOUE n° C 101, 27 avr. 2004, p. 97.

être pris en compte dès lors qu'ils compensent assez le préjudice causé par l'accord aux consommateurs sur le marché en question. Ces gains d'efficacité hors marché sont appelés « *avantages collectifs* ». À titre d'illustration, les conducteurs qui se procurent un carburant moins polluant sont aussi des citoyens qui profiteraient d'un air plus propre si des carburants moins polluants étaient utilisés. Dans la mesure où un chevauchement important entre les utilisateurs finals (les conducteurs dans cet exemple) et un éventail plus large de bénéficiaires (les citoyens) peut être établi, les avantages en matière de durabilité découlant d'un air plus propre peuvent être pris en considération dans le bilan de l'entente. Outre le croisement substantiel entre les consommateurs et le groupe des bénéficiaires, la Commission exige que les avantages environnementaux qui se produisent en dehors du marché soient suffisamment importants pour compenser le préjudice que les consommateurs subissent sur le marché en question. Ainsi, il incombe aux parties à l'accord de démontrer que la part des avantages collectifs, avec éventuellement les avantages individuels de la valeur d'usage et de non-usage, l'emporte sur le préjudice subi par ces derniers du fait de la restriction.

22 - Élargissement des concepts de gain d'efficacité et de bien-être du consommateur. – L'accueil de tels avantages dans la phase de l'exemption appelle la formulation de plusieurs remarques.

S'agissant d'abord des gains d'efficacité et de leur recevabilité, le droit européen de la concurrence exige traditionnellement qu'ils soient localisés sur le marché concerné par l'accord⁴⁰. Les lignes directrices de 2004, dans le prolongement de la jurisprudence⁴¹, admettent exceptionnellement que les gains d'efficacité puissent se produire sur un autre marché que celui affecté par la pratique, mais à la condition que les deux marchés soient liés entre eux⁴². Or, en présence d'avantages collectifs, les bénéficiaires des gains ne sont pas tous des consommateurs, cette notion n'englobant en effet que les « *clients des parties à l'accord et les acheteurs ultérieurs* »⁴³. Les bénéfices profitent à des groupes d'individus qui se situent en dehors des marchés : les citoyens européens et même au-delà, les êtres humains et les générations futures. Au moyen d'une analogie audacieuse, la Commission va ainsi assimiler l'hypothèse des gains hors marchés à celle de gains produits sur un autre marché. Certes, l'accueil des avantages pour les populations et l'intérêt général est fortement limité. Ainsi, dans la mesure où les consommateurs sur le marché en cause doivent croiser les bénéficiaires, les avantages lointains, tirés par exemple de la préservation des ressources naturelles de la planète, ne peuvent entrer en compte s'ils ne profitent qu'aux êtres humains de demain. Cette évolution doctrinale n'en demeure pas moins forte sur le plan des symboles.

S'agissant ensuite des consommateurs destinataires de ces avantages, une évolution sur la nature de leur bien-être est là encore discernable. Il est de coutume de présenter le bien-être du consommateur comme l'objectif ultime de la politique de concurrence en Europe⁴⁴. Mais la mesure exacte de ce bien-être, non défini par les textes, suscite un débat permanent. Jusqu'ici, la conception économique, par référence au surplus du consommateur, c'est-à-dire l'avantage individuel et immédiat que retire un consommateur d'un prix inférieur à ce qu'il était disposé à payer, domine au sein

des autorités de concurrence et des juridictions de contrôle⁴⁵. En intégrant au bilan de l'entente les avantages qualitatifs, sur et en dehors des marchés, les nouvelles lignes directrices horizontales témoignent d'une certaine réceptivité de la Commission aux thèses d'une conception élargie du bien-être du consommateur qui tiennent à l'inclusion des paramètres de qualité, de choix et d'innovation, mais aussi à l'approche collective du bien-être (la somme des surplus des consommateurs) ainsi qu'à son appréciation sur le plus long terme⁴⁶.

23 - Conclusion. – Pour la suite du bilan de l'accord de durabilité, la Commission se contente de rappeler les autres conditions de l'article 101, § 3, du TFUE, à savoir le caractère indispensable des restrictions (condition 2) et l'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle du marché en cause (condition 3). Finalement, la grille d'analyse des accords de durabilité instituée par les nouvelles lignes directrices horizontales présente assez peu d'innovations par comparaison à la méthodologie habituelle de traitement des ententes, tant sur la caractérisation de la restriction de concurrence que sur la mise en œuvre de l'exemption. Le particularisme est en revanche plus accusé pour la seconde famille des accords de durabilité.

2. Les accords de durabilité dans les lignes directrices « *agricoles* »

24 - L'« exception agricole » comme point de départ. – Les lignes directrices « *agricoles* » s'inscrivent dans un contexte législatif particulier que d'aucuns n'hésitent pas à nommer « *exception agricole* »⁴⁷. L'expression est trompeuse car elle pourrait signifier que l'agriculture constitue un espace sans concurrence. En vérité, les textes formant ce droit sectoriel ne font qu'instaurer un assouplissement de certaines règles de concurrence, celles sur les ententes en l'occurrence. En dérogeant à plusieurs égards au principe de prohibition des ententes, cette « *exception agricole* » offre aux productions de nombreuses possibilités d'actions collectives. Les récentes lignes directrices « *agricoles* » ont pour but d'explicitier une nouvelle exception aux règles sur les ententes en faveur d'initiatives conjointes de durabilité. Une présentation du cadre légal de cette nouvelle exception s'impose (A) afin d'examiner les orientations formulées par la Commission dans ses lignes directrices (B).

A. - La consécration légale des accords de durabilité dans l'agriculture

25 - Modification du règlement OCM. – Depuis 1962⁴⁸, le législateur européen, à qui le traité a confié le soin d'articuler l'impératif de libre concurrence avec les objectifs économiques et sociaux de la PAC (accroissement de la productivité, garantie d'un niveau de vie équitable à la population agricole, stabilisation des marchés agricoles, sécurité des approvisionnements et stabilisation des prix à la consommation)⁴⁹, accorde à la catégorie professionnelle des agriculteurs une exonération à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles. Le but de ces exclusions est de faciliter l'organisation collective des producteurs et de renforcer leur force de négociation face aux partenaires de l'aval, moins nombreux et plus

40. J.-C. Roda et M.-A. Frison Roche, *Droit de la concurrence* : Dalloz, 2^e éd., 2022, n° 463.

41. TPICE, 28 févr. 2002, aff. T-86/95, C^{re} gén. Maritime et a. : Rec. CJCE 2002, p. II-1011, pt 343 à 345.

42. Comm. CE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, pt 43.

43. Comm. CE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, pt 84.

44. V. not. F. Marty, Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain : RIDE, 2004, n° 4, p. 471 s.

45. Sur la théorie du surplus économique, V. E. Combe, *Économie et politique de la concurrence* : Dalloz, 2^e éd., 2020, n° 28 s.

46. Pour un exposé des thèses en présence, V. M. Malaurie-Vignal, *Droit, économie et politique de concurrence. Réflexions à partir de la notion de bien-être du consommateur* : JCP E 2018, 1187.

47. Sur laquelle, notre article, Les mystères de l'exception agricole en droit européen de la concurrence (1^{re} partie) : RLC 2022, n° 120, p. 17 s. ; Les mystères de l'exception agricole en droit européen de la concurrence (2^e partie) : RLC 2022, n° 121, p. 27 s.

48. Cons. CEE, régl. n° 26/62, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce de produits agricoles : JOCE P 993, 20 avr. 1962, p. 62.

49. TFUE, art. 42.

puissants. Récemment, l'« exception agricole » s'est enrichie d'une nouvelle exception aux règles sur les ententes. L'ajout a été opéré par un règlement (UE) 2021/2117 contenu dans un « paquet » de textes votés dans le cadre de la PAC pour la période 2023-2027⁵⁰. Il faut savoir en effet que cette nouvelle PAC comporte un volet environnemental plus ambitieux que les précédentes, ce qui se traduit, en *antitrust*, par l'insertion, dans le fameux règlement (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles (ci-après, le règlement OCM)⁵¹, d'un article 210 bis.

26 - Nouvelle exclusion des règles des ententes. – Le premier paragraphe du texte est libellé en ces termes : « L'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des producteurs de produits agricoles qui ont trait à la production ou au commerce des produits agricoles et qui visent à appliquer une norme de durabilité supérieure à celle imposée par le droit de l'Union ou le droit national, pour autant que ces accords, décisions et pratiques concertées n'imposent que des restrictions de concurrence indispensables à l'application de ladite norme ». En déclarant l'article 101, § 1, du TFUE inapplicable, ce nouvel article 210 bis s'inscrit dans la même logique que les exclusions instaurées par les deux articles qui le précèdent. Il s'agit en effet de placer certaines pratiques concertées agricoles hors du domaine du droit des ententes alors qu'elles auraient dû normalement en relever si elles s'étaient inscrites dans un autre secteur d'activité⁵². C'est là une nouvelle manifestation du traitement de faveur accordé aux agriculteurs par le droit dérivé, sur autorisation du droit primaire.

27 - Contrôle ex post. – Dès lors que les conditions posées sont respectées, les accords, décisions et pratiques concertées ne sont pas interdits, ce qui signifie qu'aucune décision préalable de validation n'est requise. C'est pourquoi le législateur européen a assorti, par précaution, la dérogation d'un mécanisme d'intervention *ex post* des pouvoirs publics. En effet, l'article 210 bis, § 7, confère à la Commission et aux autorités nationales de concurrence le droit de mettre fin aux accords de durabilité ou de requérir qu'ils soient modifiés si cela est nécessaire pour éviter l'exclusion de la concurrence ou si l'autorité régulatrice estime que la réalisation des objectifs de la PAC est compromise.

28 - Une grille d'analyse à affiner. – Dans son ensemble, et en dépit des zones de sécurité offertes, l'exception agricole est décrite, à juste titre, par ses bénéficiaires, tant les textes qui en relèvent sont abscons et difficilement praticables. C'est donc pour garantir une utilisation effective et sécurisée de la nouvelle exclusion et, ainsi, susciter davantage l'intérêt des parties prenantes pour les accords de durabilité que le Parlement et le Conseil ont confié à la Commission le soin d'élaborer des lignes directrices au plus tard le 8 décembre 2023. Adoptées la veille de la date butoir, ces orientations ont été conçues sur initiative conjointe de la Direction générale de la concurrence et de la Direction générale de l'agriculture et du développement rural, après intervention de deux phases de consultation publique, l'une (février-mai 2022) ayant permis de déboucher sur une proposition de projet de lignes directrices, l'autre (janvier-avril 2023) de recueillir l'avis des parties prenantes sur un texte qui, *in fine*, a peu évolué⁵³.

B. - L'analyse concurrentielle des accords de durabilité dans l'agriculture

29 - Éclairage des lignes directrices. – Les lignes directrices visent donc à éclairer la manière dont les acteurs du secteur agroalimen-

taire peuvent concevoir conjointement des initiatives en faveur de la durabilité conformément à l'article 210 bis du règlement OCM.

30 - Clarification du champ de l'exclusion. – Tout d'abord, le document clarifie le domaine de l'exclusion tel qu'arrêté par l'article 210 bis, § 2. L'exclusion ne concerne ainsi que les accords conclus par des producteurs agricoles, que ce soit entre eux (accords horizontaux) ou avec un ou plusieurs autres opérateurs à différents niveaux de la chaîne agroalimentaire (accords verticaux) : fournisseurs d'intrants, transporteurs, industriels, distributeurs grossistes et détaillants⁵⁴. Ainsi, les accords conclus uniquement entre des opérateurs de la chaîne situés en aval (transporteurs, industriels et distributeurs) ne peuvent bénéficier de l'exclusion, même lorsqu'ils concernent la fourniture d'un produit agricole. Ce faisant, la Commission confirme que les agriculteurs sont les parties indispensables aux accords de durabilité. Les lignes directrices apportent à leur propos une précision de taille : il peut s'agir aussi bien d'opérateurs individuels que d'entités collectives réunissant des producteurs telles les organisations de producteur (OP), les associations d'OP (AOP), mais aussi les organisations interprofessionnelles (OI). Ce faisant, l'exécutif européen éclaire une zone d'ombre du texte législatif soulevée par des interprofessions dans leurs réponses à la première consultation publique. Il faut dire en effet que les interprofessions constituent des espaces d'initiative et de dialogue promus par les pouvoirs publics pour valoriser les ressources agricoles et encourager les pratiques de production et de commercialisation vertueuses⁵⁵. Il aurait ainsi été contradictoire pour le règlement (UE) 2021/2017 d'étendre, d'un côté, les objectifs poursuivis par les OI en matière de développement durable (valorisation des sous-produits, réduction des déchets, prévention des risques pour la santé animale, etc.)⁵⁶ et d'évincer, de l'autre, ces organisations professionnelles du champ de l'exclusion en faveur des accords de durabilité.

31 - Présentation des objectifs de durabilité éligibles. – Ensuite, les lignes directrices précisent la portée des objectifs de durabilité éligibles⁵⁷. Ces « faits justificatifs » des ententes, qui sont énoncés à l'article 210 bis, § 3, du règlement OCM, peuvent être répartis en trois grandes catégories : 1) la protection de l'environnement (atténuation du changement climatique, protection des paysages, de l'eau et du sol, transition vers une économie circulaire, préservation et restauration de la biodiversité) ; 2) la réduction de l'utilisation des pesticides et du risque de résistance aux antimicrobiens ; 3) la santé et le bien-être des animaux. Par où l'on observe que l'enjeu environnemental éclipe quelque peu les autres dimensions du développement durable qui, pourtant, revêtent dans un secteur en proie à de graves difficultés une importance particulière : l'emploi et le niveau de vie de la population agricole. Certaines organisations professionnelles ont déploré que les accords de durabilité agricoles ne puissent inclure les piliers économique et social du développement durable. Il est toutefois possible de leur rétorquer que le règlement OCM comportait déjà des dérogations incitatives permettant d'agir pour une meilleure rémunération des acteurs de la filière agricole et l'attractivité de ses métiers⁵⁸.

32 - Éclairage de la double condition de l'exclusion. – Enfin, les lignes directrices « agricoles » éclairent la double condition maté-

50. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2021/2117, 2 déc. 2021 modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013... : JOUE n° L 43, 6 déc. 2021, p. 262.

51. PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles : JOUE n° L 347/671, 20 déc. 2013.

52. V. L. Bettoni, Les mystères de l'exception agricole en droit européen de la concurrence (1^{re} partie), *préc.*, spéc. n° 9 s.

53. V. Comm. UE, Commission staff working document, Stakeholder consultation – Synopsis Report, 7 déc. 2023, SWD (2023) 398 final.

54. Comm. UE, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 TFUE pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, 7 déc. 2023, pt 28.

55. V. PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 1308/2013, art. 157, § 1, c. – V. aussi C. rur., art. L. 632-1.

56. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2021/2117, 2 déc. 2021, *préc.*, § 44.

57. Comm. UE, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, 7 déc. 2023, pt 43 s.

58. On songe notamment aux exceptions introduites par les articles 152, § 1 bis (concentration de l'offre sur les marchés par les OP et AOP), 210 (démarches collectives verticales des OI) et 222 (autorisation des ententes de « crise »).

rielle de l'exclusion : l'adoption d'une norme de durabilité et la nécessité de la restriction de concurrence.

En premier lieu, pour profiter de l'exclusion, les parties doivent s'entendre sur l'adoption d'une norme de durabilité plus stricte que celle imposée par le droit de l'Union ou le droit national⁵⁹. C'est là un cas topique de promotion du développement durable par la voie de l'incitation des opérateurs, en complément des interventions publiques⁶⁰. À cet égard, les lignes directrices ne fixent pas un niveau minimal d'amélioration à atteindre par rapport aux normes légales. La Commission se contente de préciser que la mesure dans laquelle la norme de durabilité adoptée dépasse la norme de durabilité imposée devra être évaluée au cas par cas, en tenant compte des restrictions de concurrence imposées par l'accord et de leur caractère indispensable.

En second lieu, les parties à l'accord de durabilité devront elles-mêmes apprécier si les restrictions de concurrence résultant de l'entente sont indispensables pour atteindre l'objectif de durabilité⁶¹. On aura ici reconnu l'exigence de nécessité, laquelle a valeur de principe en droit de l'UE⁶². D'après la Commission, l'appréciation de la nécessité doit se faire en quatre étapes : 1) l'impossibilité pour les parties d'appliquer la norme de durabilité en agissant individuellement ; 2) la détermination du type d'accord approprié (par exemple, un accord sur les prix ou les quantités à produire) ; 3) la détermination de la ou des restrictions de concurrence indispensables (par exemple, un accord sur les prix peut fixer le prix total ou établir un prix minimal ou prévoir une majoration de prix) ; 4) la détermination du niveau (par exemple, le montant du prix) et de la durée appropriés de la ou des restrictions. Ainsi, pour les phases 2, 3 et 4, les parties à l'accord devront choisir, parmi les options disponibles, la solution la moins restrictive pour la concurrence.

33 - Conclusion. – Pour conclure sur les lignes directrices « agricoles », l'effort de pédagogie fourni par la Commission mérite d'être salué. Les explications, parfois abstraites et complexes (même pour les spécialistes de concurrence), sont utilement complétées par des encarts où figurent des exemples concrets d'accords couverts par l'exclusion. Seul un cadre normatif à la fois sécurisé, intelligible et facile d'utilisation pourra réconcilier les producteurs agricoles et leurs organisations avec les règles de concurrence. À cet égard, il y a lieu de penser que les orientations adoptées satisferont les attentes de protection et de clarification des

parties prenantes, même s'il est à regretter que la simplicité ne soit pas toujours au rendez-vous, particulièrement pour le test de nécessité de l'accord de durabilité.

Conclusion

34 - Par la conjugaison des lignes directrices « horizontales » et « agricoles », la contribution des règles des ententes au développement durable n'a jamais été aussi accomplie en droit de l'Union. Bien que les zones de sécurité instaurées favorisent la passation d'accords de durabilité, les opérateurs européens s'empareront-ils franchement de l'outil conventionnel ? En France, l'Autorité de la concurrence a décidé de mener une politique de « portes ouvertes » en invitant les entreprises et les organisations professionnelles qui se questionnent sur la validité de leurs projets de développement durable à dialoguer avec elle en amont⁶³. La Commission européenne s'est aussi déclarée disponible pour répondre aux demandes individuelles d'orientations sur ces sujets nouveaux. Il faut espérer que la main tendue par les gendarmes de la concurrence sera saisie. Autre interrogation : les accords de durabilité pratiqués prendront-ils la lumière des actions contentieuses ? La fin de la procédure de notification préalable des ententes en 2004 a placé la plupart des accords horizontaux hors du radar des autorités de concurrence. Les accords de coopération entre concurrents suscitent peu, voire pas de contentieux. Et il y a fort à parier que les initiatives collectives de durabilité, pour lesquelles la question de la compatibilité au droit des ententes peut se poser, n'en susciteront pas davantage. ■

Essentiel à retenir

- La promotion du développement durable par le droit de la concurrence n'est pas un phénomène nouveau. Pour autant, la récente consécration des « accords de durabilité » constitue un pas supplémentaire dans la prise en compte des objectifs de durabilité par les règles de concurrence.
- Sur un plan pratique, les orientations diffusées par la Commission européenne dans les nouvelles lignes directrices « horizontales » et « agricoles » permettent aux entreprises et aux associations professionnelles d'initier des projets vertueux tout en ayant la garantie d'être protégées contre le grief d'entente anticoncurrentielle.
- Sur un plan plus fondamental, la consécration des accords de durabilité témoigne d'un assouplissement des concepts économiques clés de l'analyse concurrentielle (gains d'efficacité, bien-être du consommateur).

59. Comm. UE, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, 7 déc. 2023, pt 57 s.

60. V. n° 5 et 10 de la présente étude.

61. Comm. UE, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n° 1308/2013, 7 déc. 2023, pt 80 s.

62. Il est ainsi mobilisé par le TFUE pour l'exemption individuelle des ententes (TFUE, art. 101, § 3, a).

63. V. Aut. conc., Projet de communiqué, 21 déc. 2023 relatif aux orientations informelles de l'Autorité en matière de développement durable, 21 déc. 2023 (soumis à consultation publique jusqu'au 23 février 2024).