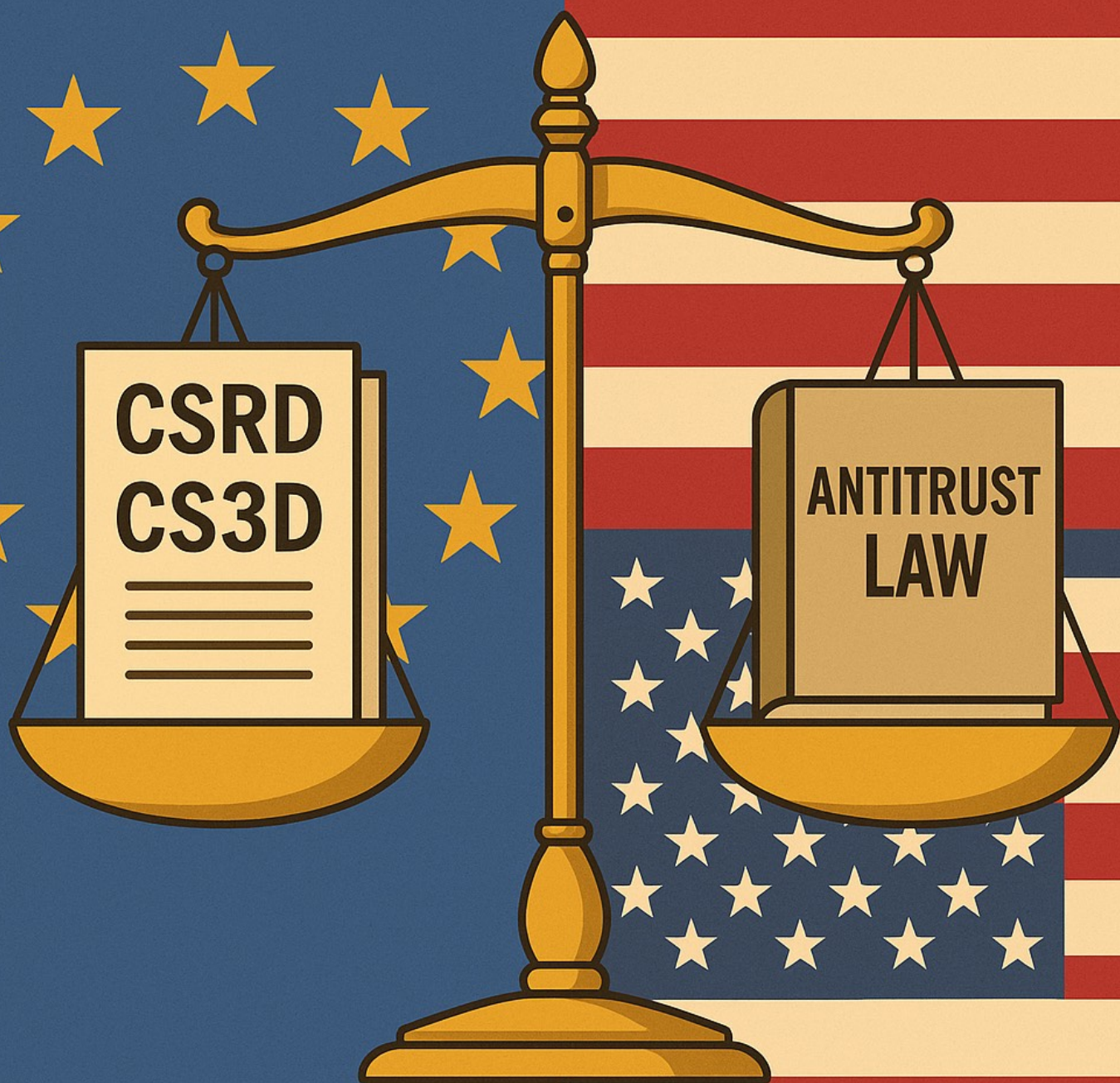


GUIDE PRATIQUE



SOMMAIRE

Section 1 : Présentation du guide	6
Section 2 : Qu’entendons-nous par CSRD et CS3D ?	6
Section 3 : Quel est le lien entre les législations américaines antitrust et les réglementations européennes ?	7
1. Les principales lois antitrust	7
2. Les modifications des lois antitrust	10
Section 4 : Portée extraterritoriale du droit antitrust américain	11
Section 1 : Quelles sont les entreprises américaines concernées par la CSRD et la CS3D ?	21
1. L'application de la CSRD aux entreprises américaines	21
2. L'application de la CS3D aux entreprises américaines	22
2.2 Calendrier applicable aux entreprises américaines	23
3.2 Conséquences de la CS3D sur les entreprises américaines	24
Section 2 : Les obligations comparables dans les législations nationales en vigueur aux États-Unis	24
1.1 Les initiatives fédérales et locales	24
1.1.1 SEC (Securities and Exchange Commission)	24
1.1.2 Loi TSCA : California’s Transparency in Supply Chains Act (2010)	26
1.1.4 Loi SB 261	28
1.2. Les cadres volontaires et les standards internationaux utilisés par les entreprises américaines	29
1.2.1 Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD)	29
1.2.2 GRI (Global Reporting Initiative)	31
1.2.3 SASB (Sustainability Accounting Standards Board)	32
1.2.4 CDP (Carbon Disclosure Project) et GHG Protocol	33
1.2.5 Les principes directeurs de l’OCDE	34
2. Les exigences communes des directives européennes et des lois environnementales étasuniennes	35
2.1 Exigences communes des cadres européens et américains en matière de divulgation climatique et ESG	35
2.2 Les similitudes dans les modalités de mise en œuvre et de contrôle	36
2.3 Conséquences pour les entreprises américaines qui appliquent déjà ces standards	37

3. Devez-vous modifier vos pratiques si votre entreprise applique déjà les règles de transparence aux Etats-Unis ?	37
3.1 Les principaux apports des directives CSRD et CS3D par rapport aux réglementations américaines.	37
3.2 Recommandations pour se conformer au mieux aux exigences européennes	39
Section 1 : Comportement incompatible avec le droit antitrust américain	43
1. La collaboration entre concurrents : un risque de qualification de cartel	43
3. La collaboration entre concurrents : un risque de qualification de boycott	45
4. La fixation collective de standards environnementaux, risque de restriction de la concurrence	45
Section 2 : Mécanismes juridiques permettant d'atténuer les conflits	46
1. Application de la règle de raison « Rule of Reason »	46
2. Les actions et accords de certains États	47
Section 3 : Solutions pratiques	48
1. Appliquer la CS3D sans impliquer les dispositions du Sherman Act à travers l'exception du Foreign Trade Antitrust Improvements Act	48
2. Recours à des mécanismes consultatifs	49
3. Consulter les directives des organes de contrôle	50



1

**L’articulation entre les directives
européennes (CSRD et CS3D) et le droit de
la concurrence aux États-Unis :
développements introductifs**

Ce premier titre a pour objectif de présenter le contenu du guide et de rappeler brièvement ce que sont les directives CS3D et CSRD.

Il évoque également les principales lois antitrust en vigueur aux États-Unis, susceptibles d'entrer en tension avec ces réglementations européennes, sans toutefois approfondir ce potentiel conflit de normes, qui fera l'objet d'un traitement plus détaillé dans le titre 3.

Section 1 : Présentation du guide

L'objectif de ce dossier clinique est d'accompagner les entreprises dans la compréhension des directives européennes, de clarifier leurs obligations légales et de proposer des stratégies adaptées à leurs spécificités. En fournissant un éclairage détaillé, nous espérons faciliter leur mise en conformité aux directives.

Les directives européennes en matière de durabilité, telles que la CSRD (*Corporatif Sustainability Reporting Directive*) et la CS3D (*Corporatif Sustainability Due Diligence Directive*), s'inscrivent dans un cadre juridique évolutif visant à renforcer la transparence des entreprises et à encourager la prise en compte des ESG (critères Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance) dans la gestion des affaires.

Ces textes, qui viennent renforcer les législations précédentes, témoignent de l'ambition croissante de l'Union européenne (UE) en matière de durabilité, d'éthique des affaires et de responsabilité sociétale des entreprises.

Ce guide aide les entreprises à comprendre les obligations complexes en matière de transparence ESG, à identifier les risques juridiques liés au droit de la concurrence américain, qui limite les initiatives de divulgation climatique, et à leur proposer des recommandations pratiques pour concilier la conformité aux exigences des deux régions.

Section 2 : Qu'entendons-nous par CSRD et CS3D ?

1. La CSRD : un reporting ESG au sein de l'UE et à l'extérieur de ses frontières

Dans le cadre d'une politique générale visant à améliorer la transparence sur les questions environnementales, sociales et de gouvernance d'entreprise (« ESG »), l'UE a adopté une nouvelle loi sous le nom de *Corporate Sustainability Reporting Directive* (« CSRD »). La CSRD obligera des milliers d'entreprises, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'UE, à divulguer des informations sous forme de rapport concernant l'impact environnemental et social de ses produits. Elle a des implications importantes pour les entreprises américaines ayant des filiales dans l'UE.

Elle exige que les entreprises couvertes divulguent des informations sur les questions de durabilité, notamment environnementales, sociales, des employés, des droits de l'homme et de gouvernance, ainsi que des informations détaillées sur la gestion des risques de durabilité, les mesures et la diligence raisonnable de la chaîne de valeur.

Remarque : Les spécificités des exigences de reporting sont définies dans les normes européennes de reporting sur la durabilité (ESRS), dont la liste est annexée au guide (*annexe 1*).

2. La CS3D : un devoir de diligence raisonnable en matière de droits humains et d'environnement

La *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (« CS3D ») rend les grandes entreprises juridiquement responsables de la manière dont elles protègent de nombreux droits humains et enjeux environnementaux, tels que le travail forcé, la négociation collective, la biodiversité et la pollution.

De fait, les entreprises sont tenues de prévenir et de remédier à ces atteintes sociales et environnementales qui résultent non seulement dans leurs propres activités, mais aussi de celles de leurs filiales, voire de leurs fournisseurs et distributeurs (chaîne d'approvisionnement).

Section 3 : Quel est le lien entre les législations américaines antitrust et les réglementations européennes ?

1. Les principales lois antitrust

L'application de la législation antitrust fédérale américaine repose sur trois lois principales : le *Sherman Act* de 1890, la *Federal Trade Commission Act* et le *Clayton Act* tous deux de 1914.

D'autres lois, telles que la loi *Robinson-Patman* de 1936 et la loi *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976, visent à combler les lacunes des lois principales.

1.1 Le Sherman Act (1980)

Le *Sherman Act*, codifié au titre 15 de l'*United States Code (USC)*, constitue la loi principale des lois antitrust aux États-Unis.

L'article 1 et 2 du *Sherman Act* **interdisent toute forme de contrat, d'association ou d'entente** qui aurait pour effet de restreindre la libre concurrence ou de fausser le commerce. Cette disposition s'applique aux échanges commerciaux entre les différents États, mais également aux relations commerciales avec les pays tiers.

Les directives européennes, elles, encouragent la coopération entre entreprises, notamment sur de meilleures pratiques environnementales, sur l'éthique des chaînes d'approvisionnement, ou encore sur la décarbonation.



On décèle alors un potentiel conflit entre les attentes des réglementations européennes et le *Sherman Act*. D'un côté, les entreprises sont obligées par la CSRD/CS3D à intégrer et imposer des critères ESG dans leur chaîne de valeur et leur stratégie d'investissement.

De l'autre, elles sont menacées de poursuites antitrust si cette intégration se traduit par des actions collectives ou des réductions d'offres dans leurs secteurs qui viendraient fausser le commerce.

Dans cette affaire, des procureurs américains accusent un groupe d'avoir formé une entente pour restreindre la production de charbon, ce qui constitue un comportement directement visé par le Sherman act.

Les gestionnaires d'actifs (Asset Managers) avaient adhéré à des groupes promouvant des objectifs "net zero" (zéro émission nette) pour réduire la production de charbon. Ce comportement a été assimilé à une **restriction de la production sanctionnée par le Sherman Act**. Les Asset Managers auraient influencé les entreprises minières pour qu'elles limitent volontairement leur production, ce qui peut être vu comme une coordination indirecte des comportements de marché entre concurrents. La plainte indique également un échange d'informations sensibles (comme des stratégies de réduction d'émissions) entre concurrents via ces groupes, ce qui est aussi prohibé par la Section 1 du Sherman Act.

1.2 Le Clayton Act (1914)

Le *Clayton Act* a renforcé et clarifié les protections concurrentielles de la loi Sherman. Contrairement au langage général de la loi Sherman, la loi Clayton détaille les pratiques interdites favorisant la formation de monopoles ou de structures dominantes, tel que :

- les accords de vente et les accords d'exclusivité,
- la discrimination par les prix à l'encontre d'entreprises concurrentes (amendements apportés à la loi *Robinson-Patman* de 1936),
- les fusions et acquisitions susceptibles de réduire considérablement la concurrence (amendements de la loi Hart-Scott-Rodino).

A travers ces interdictions, le *Clayton Act* cherche à empêcher le contrôle commun qui réduirait de manière significative la concurrence sur le marché.



Ces comportements entrent directement en collusion avec les réglementations européennes. En effet, les réglementations européennes amènent les entreprises à suivre une ligne commune en adoptant des engagements ESG identiques.

Cela peut s'apparenter à une restriction, dans la mesure où les groupes imposeraient des conditions ESG uniformes à l'ensemble de leurs entreprises détenues, réduisant la diversité concurrentielle.

Texas v. BlackRock, No. 6:24-cv-00437, 27 novembre 2024 :

L'affaire dénonce le fait que le groupe détient des participations significatives dans plusieurs entreprises concurrentes du secteur charbonnier.

Selon les plaignants, cette participation serait utilisée pour influencer conjointement les décisions stratégiques (la réduction de la production de charbon). Cela correspond à une forme de “*common ownership*” ou contrôle commun, que le *Clayton Act* cherche à empêcher.

1.3 La loi sur la Commission fédérale du commerce (FTC Act)

La loi sur la Commission fédérale du commerce (FTC) se concentre sur les pratiques commerciales trompeuses ou déloyales.

Le cœur de cette loi est l'article 5 (15 USC § 45) qui interdit les « *actes ou pratiques déloyaux ou trompeurs* ». Cet article est la base juridique sur laquelle est fondé le pouvoir de la FTC d'agir contre les entreprises qui se livrent à des pratiques trompeuses ou déloyales.

Pour appliquer ces règles, la loi a créé la *Federal Trade Commission* (FTC), un organisme indépendant chargé de faire respecter ces interdictions. La FTC a donc pour mission de définir au cas par cas ce qui constitue une « *méthode de concurrence déloyale* ». Pour cela l'article 6 (15 USC § 46) accorde à la FTC le pouvoir d'enquêter et de prévenir les méthodes de concurrence déloyale et les actes ou pratiques déloyaux ou trompeurs.

Contrairement aux lois antitrust américaines telles que le *Sherman Act* et le *Clayton Act*, qui visent principalement à préserver la concurrence sur les marchés, les réglementations européennes et le *FTC Act* poursuivent un objectif commun qui est la transparence des entreprises et leur responsabilité.

Truly Organic, FEDERAL TRADE COMMISSION, v. TRULY ORGANIC INC, Case No. 1:19cv23832

Truly Organic est une entreprise de cosmétiques basée à Miami. En septembre 2019, la société et son PDG ont été condamnés à la suite d'une plainte de la FTC à hauteur de 1,76 million de dollars.

La FTC leur reprochait d'avoir trompé les consommateurs en affirmant que leurs produits étaient certifiés “100 % bio” selon les standards de l'USDA, alors qu'ils contenaient des ingrédients non biologiques et n'étaient pas certifiés. De plus, certains produits contenaient des ingrédients d'origine animale comme du miel ou du lactose, alors qu'ils étaient étiquetés véganes. Ce cas montre concrètement que des allégations ESG ou éthiques mal fondées peuvent constituer une violation du *FTC Act*.

2. Les modifications des lois antitrust

2.1 Foreign Trade Antitrust Improvements Act (1982)

Cette loi fixe les limites d'application du Sherman Act pour les **comportements anticoncurrentiels ayant lieu à l'étranger** ou impliquant du commerce international. La FTAIA précise quand et comment les règles antitrust américaines peuvent s'appliquer à des entreprises étrangères ou à des **faits qui se sont produits hors des États-Unis**.

La FTAIA s'appliquerait donc aux directives européennes CS3D et CSRD car les entreprises concernées sont des entreprises américaines agissant sur le sol européen.

Suivant une décision de la Cour suprême en 1993 (*Hartford Fire Insurance Co. v. California*), l'objectif principal de la FTAIA est de ne pas appliquer le *Sherman Act* aux activités qui **n'ont pas de conséquences négatives sur l'économie américaine**.

Selon le FTAIA les *articles 1 à 7 du Sherman Act* (qui interdisent les cartels et les tentatives de monopole) ne s'appliquent pas aux activités commerciales avec des pays étrangers, sauf dans deux cas :

1. Si le comportement concerne le commerce d'importation vers les États-Unis (par exemple, si une entreprise étrangère vend aux États-Unis de manière anticoncurrentielle) ; *cela ne concerne pas l'objet de l'étude*,
2. Ou si le comportement a un effet direct, important et prévisible sur le commerce américain, et que cet effet est suffisamment lié à une violation possible du Sherman Act.

Remarque : Nous verrons dans le Titre 3 que les obligations des règlements européens aboutissent à un impact sur le commerce américain et comment l'éviter.



Si la mise en œuvre des règlements CS3D et CSRD par une société américaine conduit à modifier son comportement commercial vis-à-vis du marché américain, elle pourrait tomber dans le champ d'application de la FTAIA et donc du droit antitrust américain.

A l'inverse, grâce au FTAIA, si l'entreprise américaine met en œuvre les exigences de la CS3D et la CSRD sans qu'il y ait un impact significatif sur le commerce américain le droit antitrust américain ne s'appliquera pas.

Section 4 : Portée extraterritoriale du droit antitrust américain

1. Le principe extraterritorialité des lois antitrust américaines

Les lois antitrust américaines (notamment le Sherman Act) peuvent s'appliquer à des situations internationales selon deux principes : la territorialité élargie et l'effet incident.

1.1 Un principe de territorialité élargi

En 1962, la Cour suprême a écarté cette limite (l'affaire *Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp.*)

Elle a affirmé qu'une conspiration visant à monopoliser ou restreindre le commerce américain entre dans le champ d'application du *Sherman Act*, même si des actes sont réalisés hors des États-Unis.

Initialement :

Les lois antitrust des États-Unis ne s'appliquent pas aux actes commis à l'étranger, même par des entreprises ou des citoyens américains (*American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 1909), par respect de la souveraineté étrangère.

1.2 Le principe de l'effet incident

Ce principe a été introduit par la Cour dans l'affaire *US v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, en 1945.

Il permet d'appliquer les lois antitrust américaines à des comportements étrangers si deux conditions sont réunies :

1. les actes doivent produire un effet **direct**, **substantiel** et **prévisible** sur le commerce ou la concurrence aux États-Unis ,
2. des preuves d'effets concrets sur le marché américain sont nécessaires ; l'intention seule ne suffit pas.

Le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* précise lui aussi que les pratiques anticoncurrentielles réalisées à l'étranger (par des entreprises non américaines) ne tombent sous le coup du *Sherman Act* ou du *Clayton Act* que si elles remplissent deux conditions cumulatives, dont la condition d'avoir un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce ou la concurrence aux États-Unis, cet effet doit également donner lieu à une plainte recevable au regard du droit antitrust américain.

Le FTAIA limite donc l'application extraterritoriale des lois antitrust américaines aux seules pratiques étrangères qui ont un impact concret, important et anticipé sur le marché américain.

Aucune décision américaine, ni même le FTAIA n'a donné de définition exhaustive de l'« effet direct, substantiel et prévisible », laissant une marge d'interprétation au juge américain.

Par conséquent, les lois antitrust américaines peuvent s'appliquer à des entreprises étrangères dès lors que leurs actions ont un impact sur le marché américain.



Ainsi, même des initiatives ESG européennes, telles que des collaborations sectorielles pour définir des normes de reporting ou réduire collectivement les émissions, peuvent faire l'objet de poursuites judiciaires aux États-Unis si elles sont perçues comme restreignant la concurrence ou relevant de la collusion.

Les entreprises européennes engagées dans des pratiques ESG avancées doivent donc être conscientes qu'elles s'exposent à des poursuites pour des actions menées hors du territoire américain dès lors qu'elles ont des activités aux États-Unis.

Remarque : concernant les accords internationaux ils échappent en principe au *Sherman Act* tant qu'ils n'ont pas d'effet réel sur le marché américain (*décisions Alcoa, 1945*).

1.3 Exemple de la portée extraterritoriale du Sherman Act

United States v. Aluminium Co. of America 1945

Le juge a confirmé que le *Sherman Act* s'applique aux situations internationales dès qu'elles impactent le marché américain.

Le juge ajoute que ce texte peut aboutir à l'engagement de la responsabilité civile (liability) à des personnes qui ne sont pas sous son autorité directe. Cela s'applique lorsque des actions réalisées en dehors de ses frontières ont des conséquences à l'intérieur de ses frontières que l'État américain considère comme répréhensibles.

Remarque : Par le terme « conséquences », il faut entendre des effets économiques et concurrentiels directs sur le marché américain, notamment une hausse des prix pour les consommateurs, une réduction de l'offre de produits, la création ou le maintien d'un monopole, ou un préjudice tangible pour les entreprises ou les consommateurs américains, tel qu'une sélection restreinte ou une exclusion injustifiée du marché.

Toutefois l'application extraterritoriale de la loi est limitée et ne s'applique que lorsque les intérêts des États-Unis sont **suffisamment significatifs** et que cela **n'entraîne pas de déséquilibre international important** (*Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597, *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, Mar 3, 1977).

Les conséquences de la mise en œuvre des directives par les entreprises sur le marché américain vont varier selon les entreprises. En effet, certaines entreprises, en général les entreprises européennes, appliquent déjà certaines obligations de durabilité. Pour l'instant, la mise en œuvre de ces obligations n'est pas qualifiée de « conséquence significative » sur le marché américain (aucun cas de jurisprudence n'a été identifié).

Toutefois la question se pose pour les obligations de la CS3D et la CSRD qui sont plus restreintes. Par exemple, si les obligations de la CS3D conduisent une entreprise étrangère à créer un monopole ayant un effet significatif sur le marché américain le *Sherman Act* pourrait s'appliquer, tel que le cas de la *Net-Zero Banking Alliance*, alliance financière internationale, qui est visée par une enquête des organes de contrôle antitrust américain. Cependant le *Sherman Act* ne lui sera pas applicable, si l'entreprise étrangère ajuste ces actions pour respecter les diligences et ne pas engendrer des conséquences sur le marché américain, tel que définis ci-dessus.

1.4 Exemple de la portée extraterritoriale du Clayton Act

La jurisprudence reconnaît la compétence extraterritoriale des tribunaux américains pour les pratiques interdites par le *Clayton Act* dès lors qu'elles affectent le marché américain.

United States v. J. Schlitz Brewing Co. (1966)

La fusion entre *Schlitz* (américain) et Labatt (canadien) a été jugée contraire à l'article 7 du *Clayton Act*. Le tribunal a considéré que cette fusion entraînait une « diminution substantielle de la concurrence ».

Le cas souligne que les fusions internationales, lorsque leur effet est de réduire la concurrence aux États-Unis, peuvent être soumises aux mêmes règles que les fusions nationales, conformément à l'article 7 du *Clayton Act*.

***Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341, U.S. 593, 599 (1951)**

Le tribunal précise que permettre à une entreprise américaine de se retirer des restrictions de la loi antitrust sous prétexte qu'elle participe à des cartels internationaux ou qu'elle cherche à favoriser l'exportation des dollars américains pour investir dans des usines à l'étranger, aboutirait à vider de sa substance le *Sherman Act*.

RAPPEL SUR LA NOTION DE CARTEL :



La notion de cartel est encadrée par l'article 1er du *Sherman Act* qui interdit :

“ Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.”



Selon le *Legal Information Institute*, un cartel désigne :

“ Un groupe de sociétés ou d'entités indépendantes qui s'accordent pour fixer les prix, truquer des appels d'offres, se répartir des marchés ou mener d'autres activités similaires illégales. Les comportements de cartel sont principalement sanctionnés pénalement par les lois antitrust américaines.”



Le Département de la Justice, Antitrust Division, a précisé que :

“In the United States, cartel behavior (including price-fixing ; volume, customer, and market allocation ; and bid-rigging) can be a criminal violation of antitrust laws that may result in high fines for conspiring corporations and key corporate executives, and incarceration for individual defendants”.

Ainsi, les entreprises du CGF remettre en toutes lettres pourraient être attaquées en vertu du *Sherman Act* et du *Clayton Act* si une entente explicite ou tacite entre concurrents visait à restreindre la concurrence, comme la fixation des prix ou la répartition des marchés.

Pour se défendre, les entreprises peuvent **contester l'existence d'un accord réel ou d'une concertation**, en soulignant l'absence de preuve d'une telle entente (*Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 1954).

Elles peuvent **invoquer une preuve insuffisante ou indirecte**, soulignant que les éléments fournis sont uniquement circonstanciels. C'est le cas dans l'affaire *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, où la Cour a exigé des preuves d'un engagement conscient à un plan commun. Elles peuvent également avancer que l'entente n'a pas eu d'effet substantiel sur le marché américain (*Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd*, 2004).

1.5 Impact sur les entreprises en dehors des États-Unis

Théoriquement, les réglementations européennes n'ont pas vocation à produire un effet direct sur la concurrence du marché américain puisqu'elles ont vocation à réguler les comportements au sein de l'Union européenne.



L'application de la CS3D pourrait avoir un effet sur le marché américain, par exemple si une entreprise a cessé de collaborer avec un fournisseur basé aux États Unis ne respectant pas les normes ESG ou encore si une entreprise réduit sa production aux États Unis pour respecter les obligations de la CS3D. Ces actions auraient donc un effet direct.

Toutefois, les critères exigent que l'effet doit également être **prévisible** sur le commerce ou la concurrence. Pour l'instant on ne peut prévoir les résultats de la mise en œuvre des réglementations européennes, il n'est donc pas certain que le juge américain soit compétent. Aujourd'hui aucune affaire dans ce domaine n'a été jugée sur le sol américain, il s'agit donc d'une simple hypothèse.

2. La possibilité d'atténuer la compétence du juge américain : la courtoisie internationale

2.1 La courtoisie internationale de source jurisprudentielle

Les tribunaux doivent décider s'il est raisonnable d'exercer leurs compétences en tenant compte des principes de courtoisie internationale. Même si les lois américaines permettent d'intervenir, un tribunal pourrait s'abstenir par respect pour les lois et juridictions étrangères.

La courtoisie internationale est définie dans *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113, 164 (1895), comme étant

« the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation »

Dans *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1297–98 (3d. Cir. 1979), le tribunal a établi des facteurs pour déterminer si l'exercice de la compétence était raisonnable :

1. degré de conflit avec la loi ou la politique étrangère ;
2. nationalité des parties ;
3. importance relative de la violation présumée de la conduite ici par rapport à celle à l'étranger ;
4. disponibilité d'un recours à l'étranger et attente d'un litige dans ce pays ;
5. existence d'une intention de nuire ou d'affecter le commerce américain et sa prévisibilité ;
6. effet possible sur les relations étrangères si le tribunal exerce sa compétence et accorde une réparation ;
7. si une réparation est accordée, ou si une partie sera placée dans la position d'être forcée d'accomplir un acte illégal dans l'un ou l'autre pays ou sera soumise à des exigences contradictoires des deux pays ; construction de phrase à revoir
8. si le tribunal peut rendre son ordonnance effective ;
9. si une ordonnance de réparation était acceptable dans ce pays si elle serait rendue par la nation étrangère dans des circonstances similaires ; construction de phrase à revoir
10. si un traité avec les nations concernées a abordé la question

2.2. La courtoisie internationale codifiée

L'article 403(2) du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* fournit également une liste de facteurs permettant de déterminer si l'exercice de la compétence est raisonnable :

“(2) Le caractère déraisonnable de l'exercice de la compétence sur une personne ou une activité est déterminé en évaluant tous les facteurs pertinents, y compris, le cas échéant :

(a) le lien de l'activité avec le territoire de l'État régulateur, c'est-à-dire la mesure dans laquelle l'activité se déroule sur le territoire ou a un effet substantiel, direct et prévisible sur ou dans le territoire ;

(b) les liens, tels que la nationalité, la résidence ou l'activité économique, entre l'État régulateur et la personne principalement responsable de l'activité à réglementer, ou entre cet État et ceux que la réglementation est destinée à protéger ;

(c) le caractère de l'activité à réglementer, l'importance de la réglementation pour l'État régulateur, la mesure dans laquelle d'autres États réglementent ces activités et le degré auquel l'opportunité d'une telle réglementation est généralement acceptée ;

(d) l'existence d'attentes justifiées qui pourraient être protégées ou lésées par la réglementation ;

(e) l'importance de la réglementation pour le système politique, juridique ou économique international ;

(f) la mesure dans laquelle la réglementation est conforme aux traditions du système international ;

(g) la mesure dans laquelle un autre État peut avoir intérêt à réglementer l'activité ; et

(h) la probabilité d'un conflit avec la réglementation d'un autre État. ».

Le juge américain pourrait alors s'abstenir d'exercer sa compétence dans le cadre d'un conflit opposant les directives européennes à la loi antitrust américaine. Bien que la législation des États-Unis autorise une telle intervention, le principe de courtoisie internationale permettrait au juge américain de se retirer volontairement. Dans ce cas un tribunal au sein de l'Union européenne serait mieux placé pour statuer notamment en interprétant et en appliquant les normes européennes avec plus de souplesse.

2.3 L'application des lois étasuniennes aux entreprises européennes

Comme nous l'avons vu précédemment, une entreprise française qui adopte des pratiques anticoncurrentielles ayant un impact direct et substantiel sur le marché américain peut être poursuivie sous le *Sherman Act* ou *Clayton Act*, même si les actions ont lieu à l'étranger, dès lors qu'elles visent à restreindre la concurrence aux États-Unis.

L'application extraterritoriale des lois antitrust américaines concerne directement les entreprises du Consumer Good Forum dès lors que leurs opérations affectent la concurrence sur le marché américain.

Par exemple, une fusion entre deux groupes européens de l'agroalimentaire, membres du Consumer Good Forum et actifs aux États-Unis, pourrait être contestée sur le fondement du *Clayton Act* si elle accroît de manière significative la concentration du marché.

Von's Grocery Company c. Shopping Bag Food Stores

La Cour suprême a annulé une fusion pour avoir renforcé la concentration dans le secteur de la distribution alimentaire à Los Angeles.

Toutefois, l'application extraterritoriale des lois antitrust peut être modulée par des principes diplomatiques. Si une poursuite crée un conflit avec l'étranger, un tribunal américain pourrait renoncer à exercer sa compétence, en faveur de la courtoisie nationale, en tenant compte de critères comme l'impact économique, l'existence de recours en France, ou l'effet sur les relations internationales.

La qualification du conflit permettant au juge américain de se dessaisir du litige est évaluée selon plusieurs critères, non exhaustifs (listé dans la section précédente (b)).

Dans le cadre des droits humains et de la responsabilité des entreprises, domaine couvert par la directive CS3D, le juge américain pourrait appliquer le principe de la courtoisie internationale en prenant en compte notamment le critère de :

- La nationalité de l'entreprise : si l'entreprise est régulée par le droit de l'Union, notamment en matière de devoir de vigilance en droit humains, cela pourrait légitimer la compétence du juge d'un État membre. Par exemple, la France possède une réglementation, la *loi sur le devoir de vigilance du 27 mars 2017*, qui est applicable aux sociétés enregistrées sur le territoire, alors que les États-Unis ne possèdent pas ce type de réglementation. Le juge américain serait donc plus à même de se dessaisir d'un litige concernant une entreprise française ayant pour objet les droits humains et ainsi appliquer la courtoisie internationale.
- Le caractère de l'activité à réglementer et l'importance de la réglementation pour l'État régulateur : dans le cadre des droits humains ou du droit de l'environnement, l'Union européenne est le principal régulateur. Les États-Unis n'ont mis en place aucune réglementation contraignante dans ces domaines (conf. titre 2). Il est donc probable que le juge américain applique le principe de la courtoisie internationale en conférant à un juge État membre de trancher un litige sur lequel il a légiféré.

Par la suite, nous expliquerons quelles entreprises devront se conformer aux réglementations européennes (CS3D et CSRD), et nous détaillerons les initiatives américaines en matière de RSE.



2

CSRD et CS3D : entreprises américaines concernées et équivalents réglementaires aux États-Unis.

L'objet de ce Titre 2 est, dans un premier temps, d'identifier les entreprises américaines concernées par les directives CSRD et CS3D (*Section 1*).

Dans un second temps, il s'agira d'analyser les normes américaines en matière de RSE, en mettant en lumière leurs points communs avec les directives européennes ainsi que les implications concrètes pour les entreprises déjà soumises à des obligations de transparence aux États-Unis (*Section 2*).

Section 1 : Quelles sont les entreprises américaines concernées par la CSRD et la CS3D ?

1. L'application de la CSRD aux entreprises américaines

La directive s'applique à deux types d'entreprises américaines :

1. les sociétés mères américaines
2. les sociétés américaines possédant des filiales européennes (dont le siège social est situé en dehors de l'UE).

1.1 Du point de vue de la société mère américaine

Grande société mère américaine cotée sur un marché réglementé de l'UE	Société mère américaine dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé de tout État membre de l'UE et qui est une petite ou moyenne entité.	<i>Articles 19 bis, 19 ter et 40 bis de la directive modifiée.</i>
Société mère américaine possédant une filiale importante dans l'UE	Société mère américaine d'un groupe (non-coté dans l'UE) possédant un groupe qui a réalisé un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros dans l'UE au cours des deux derniers exercices consécutifs, et possédant une filiale importante dans l'UE.	<i>Article 40 bis, paragraphe 1.</i>
Société mère américaine avec une succursale située dans l'UE	Société mère américaine d'un groupe (non cotée dans l'UE) qui a réalisé un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros dans l'UE au cours des deux derniers exercices consécutifs ; et qui possède une succursale dans l'UE dont le chiffre d'affaires net a dépassé 40 millions d'euros au cours de l'exercice précédent.	<i>Article 40 bis, paragraphe 1.</i>

1.2 Du point de vue d'une filiale européenne

Grande filiale européenne non cotée	Grande filiale européenne non cotée consolidée dans un groupe dont la société mère est basée aux États-Unis. Le groupe a réalisé un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros dans l'UE au cours des deux derniers exercices consécutifs.	<i>Articles 19 bis et 29 bis de la directive modifiée.</i>
Grande filiale européenne cotée	Grande filiale européenne cotée dans un groupe dont la société mère est basée aux États-Unis ; ce groupe a réalisé un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros dans l'UE au cours des deux derniers exercices consécutifs.	<i>Articles 19 bis et 29 bis de la directive modifiée.</i>

1.3 Calendrier applicable aux entreprises américaines

Entreprises concernées	Application à l'exercice de	1er rapport à publié en
Grande filiale européennes cotées	2024	2025
Grande filiale européennes non cotées	2027	2029
Entreprise non européenne	2024	2025

2. L'application de la CS3D aux entreprises américaines

2.1 Champ d'application

Catégories	Chiffre d'affaire	Référence
Entreprise américaine ayant une activité significative dans l'UE	Supérieur à 450 millions d'euros	<i>Article 2, paragraphe 5</i>
Société mère américaine d'une ou plusieurs filiales européennes	Supérieur à 450 millions d'euros	

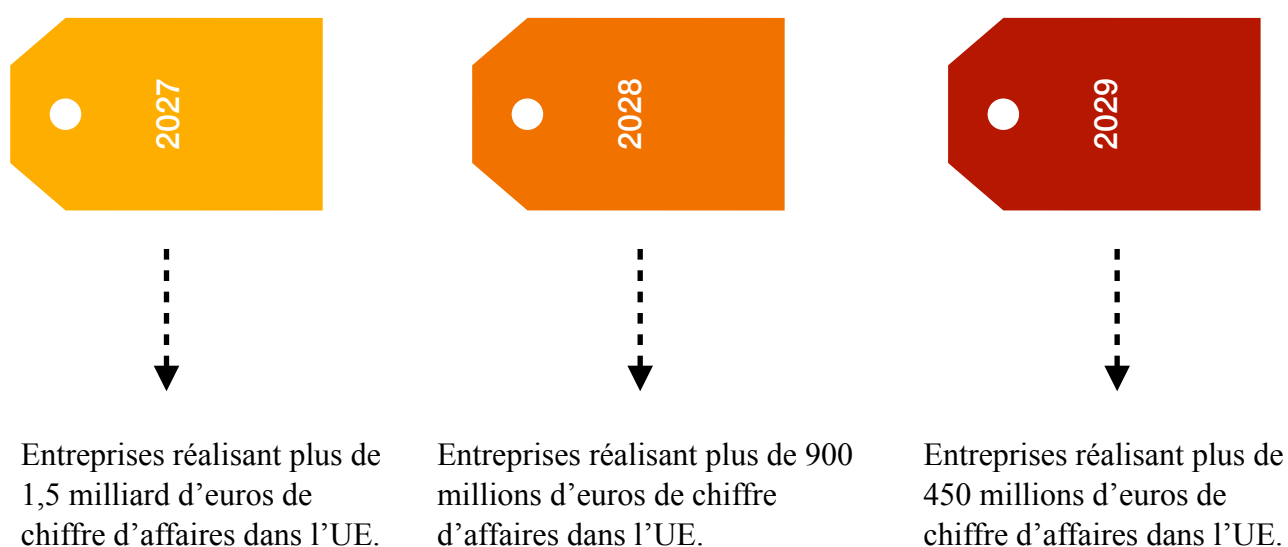
EXCEPTION :

La CS3D permet aux sociétés mères dont l'activité principale est la détention d'actions dans des filiales opérationnelles d'être exemptées des obligations de la directive.

L'exception s'applique aux sociétés, appelées sociétés non-opérationnelles, elles ne doivent pas participer à la gestion et à la prise de décision opérationnelle ou financière des filiales. De plus, une de leurs filiales européennes doit respecter les obligations relatives au devoir de vigilance et de plan de transition climatique.

2.2 Calendrier applicable aux entreprises américaines

La directive CS3D prévoit une application progressive aux entreprises non européennes, dont les entreprises américaines



3. Conséquences économiques et pratiques pour les entreprises américaines

3.1 Les conséquences de la CSRD aux entreprises américaines

Selon un rapport du *Wall Street Journal*, la CSRD s'appliquera à 3 100 entreprises américaines.

Exigences: Le rapport consolidé d'une société mère non-membre de l'UE doit être conforme aux normes de reporting adoptées conformément à la CSRD ou « d'une manière équivalente » à ces normes, conformément aux normes d'équivalence promulguées par la Commission européenne.

Risque d'inéquivalence : Les exigences de publication de la CSRD étant supérieures à celles des régimes de reporting américain actuels (voir titre 2 sur les réglementations américaines), il n'est pas certain qu'une norme existante soit considérée comme équivalente à la CSRD.

3.2 Conséquences de la CS3D sur les entreprises américaines

Selon le centre de données *SOMO CS3D*, qui recense les entreprises directement soumises aux exigences de la CS3D sur la base d'informations publiques, 315 entreprises américaines relèvent du champ d'application de la Directive.

Section 2 : Les obligations comparables dans les législations nationales en vigueur aux États-Unis

Dans cette partie, l'objectif sera de présenter les principales normes en matière de RSE aux États-Unis et ce qu'elles impliquent concrètement pour les entreprises qui y sont soumises ou dans le cadre de standards volontaires qui choisissent de les adopter (1).

Dans un second temps, nous étudierons les similarités et convergences avec les obligations en matière de RSE prévues par les directives européennes (2).

Enfin, nous analyserons les conséquences pratiques pour les entreprises qui appliquent déjà les règles de transparence aux États-Unis (3).

1. Transparence et reporting ESG aux États-Unis

1.1 Les initiatives fédérales et locales

1.1.1 SEC (Securities and Exchange Commission)

La Securities and Exchange Commission (SEC) est l'organisme fédéral américain chargé de réguler et de contrôler les marchés financiers aux États-Unis.

Le 6 mars 2024, la SEC a adopté des règles obligeant les entreprises à divulguer :

- **leurs risques climatiques ;**
- **leurs émissions de gaz à effet de serre (GES) ;**

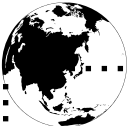
OBLIGATION PRINCIPALE

Obligation d'identification par les entreprises des risques physiques liés au climat ainsi que les risques de transition associés à l'adoption de politiques climatiques plus strictes.

Certaines informations relatives aux risques climatiques et aux émissions de GES peuvent faire l'objet d'audits externes pour garantir leur exactitude et leur fiabilité.

PRATIQUE A ADOPTER :

- * **Expliquer** comment ces risques affectent
 - leurs opérations
 - leurs résultats financiers
 - leur stratégie à long terme.
- * Divulguer leurs **émissions de GES**, y compris :
 - les émissions directes (scope 1)
 - les émissions indirectes provenant de la consommation d'électricité (scope 2)
 - les émissions indirectes liées à leur chaîne d'approvisionnement (scope 3).
- * **Décrire** les mesures mises en place pour réduire ces émissions, ainsi que les objectifs climatiques qu'elles se fixent.
- * **Clarifier le rôle de leur direction** et des **conseils d'administration** dans la **gestion des risques climatiques**. Cela inclut la manière dont ces risques sont intégrés aux processus de gestion des risques globaux et aux décisions stratégiques.



ACTUALITÉ

Le 27 mars 2025, la Securities and Exchange Commission (SEC) a voté pour mettre fin à sa défense des règles exigeant la divulgation des risques climatiques et des émissions de gaz à effet de serre. Mark T. Uyeda, président par intérim de la SEC, a expliqué que l'objectif de cette action de la Commission était de mettre fin à son implication dans la défense de ces règles coûteuses et intrusives.

Les règles adoptées le 6 mars 2024 étaient contestées par plusieurs États et parties privées. Les litiges ont été regroupés devant la Huitième Cour d'appel des États-Unis (Iowa v. SEC, No. 24-1522 (8th Cir.)), et la SEC avait précédemment suspendu l'entrée en vigueur de ces règles en attendant l'issue du contentieux.

1.1.2 Loi TSCA : California's Transparency in Supply Chains Act (2010)

La loi TSCA (California's Transparency in Supply Chains Act), adoptée en 2010, impose aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel mondial dépasse 100 millions de dollars de déclarer les actions entreprises pour identifier et combattre la traite des êtres humains et le travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement.

Critère d'application de la loi :

Pour être soumise à cette loi, une entreprise doit remplir trois conditions :

- (a) s'identifier comme vendeur au détail ou fabricant dans ses déclarations fiscales ;
- (b) satisfaire aux exigences légales pour "faire des affaires" en Californie ;
- (c) avoir un chiffre d'affaires brut mondial annuel supérieur à 100 millions de dollars.

Obligations concrètes imposées par la TSCA :

La California Transparency in Supply Chains Act impose aux entreprises plusieurs obligations pour lutter contre la traite des êtres humains et le travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement:

- Divulcation des politiques de lutte contre la traite des êtres humains
- Vérification des fournisseurs : procédures pour s'assurer de leur conformité
- Certification des fournisseurs : obligation de démontrer leur engagement à respecter les normes
- Formation du personnel, en particulier ceux impliqués dans la chaîne d'approvisionnement, afin de : détecter les risques de travail forcé ; prévenir leur apparition
- Contrôles internes : systèmes mis en place pour garantir le respect des normes à chaque niveau de la chaîne d'approvisionnement

1.1.3 Loi SB 253

La **loi SB 253** impose des obligations de transparence climatique aux **entreprises opérant en Californie**, qu'elles soient **publiques** ou **privées**, dès lors qu'elles réalisent un **chiffre d'affaires annuel supérieur à un milliard de dollars**.

Cela concerne aussi les entreprises dont le siège est hors de l'État, à condition qu'elles y exercent une activité commerciale significative :

- volume de ventes,
- masse salariale,
- ou toute autre présence économique notable.



Cependant, en raison du caractère récent de la loi, il n'existe pas encore de **j u r i s p r u d e n c e** américaine qui ait défini précisément ce qu'est une « **activité commerciale significative** » au sens de la SB 253.

OBLIGATION PRINCIPALE

Rapport annuel sur les émissions de GES.

Les entreprises concernées doivent produire un rapport annuel obligatoire sur leurs émissions de gaz à effet de serre (GES), en se basant sur les méthodologies du Greenhouse Gas Protocol, incluant :

- **Scope 1** : émissions directes (installations, véhicules) ;
- **Scope 2** : émissions indirectes liées à l'énergie achetée ;
- **Scope 3** : autres émissions indirectes tout au long de la chaîne de valeur (fournisseurs, transport, utilisation des produits, déchets, etc.).

Ce reporting doit être accompagné d'une vérification indépendante par un tiers qualifié (audit externe) et faire l'objet d'une publication publique des données afin de garantir la transparence.

Sanctions et coûts associés:

- Les entreprises doivent s'acquitter d'une **taxe annuelle de dépôt, plafonnée à 1 000 dollars**
- En cas de **non-conformité**, elles encourent jusqu'à **500 000 \$ de sanctions par an**

Calendrier de mise en oeuvre:

- **Scopes 1 et 2** : reporting exigé à partir de **2026** (sur les données de 2025)
- **Scope 3** : reporting exigé à partir de **2027** (sur les données de 2026)

1.1.4 Loi SB 261

La loi SB 261 Climate-Related Financial Risk Act (promulguée le 7 octobre 2023) s'applique aux entreprises opérant en Californie dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 500 millions de dollars.

OBLIGATION PRINCIPALE

Rapport biennal sur les risques climatiques

La loi impose la **publication d'un rapport biennal obligatoire sur les risques financiers liés au changement climatique, conformément** aux recommandations de la Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD).

Ce rapport doit obligatoirement décrire :

- les risques physiques : ex : incendies, sécheresses, catastrophes naturelles
- les risques de transition : ex : nouvelles réglementations, changement de politique, évolution du marché
- les stratégies de gestion et d'atténuation mises en œuvre par l'entreprise face à ces risques

Le rapport doit être publié **publiquement sur le site internet de l'entreprise**, et une **déclaration attestant de la divulgation** doit être soumise au Secrétaire d'État de Californie.

Sanctions : des sanctions pouvant aller jusqu'à 50 000 dollars par an sont prévues en cas de manquement.

Calendrier de mise en oeuvre:

Les premiers rapports sont attendus pour le 1er janvier 2026. Puis publications les deux ans.

La California Air Resources Board (CARB) supervise la mise en œuvre de la loi et peut mandater un organisme tiers pour analyser la qualité des rapports.

1.2. Les cadres volontaires et les standards internationaux utilisés par les entreprises américaines

Aux États-Unis la majorité des actions menées par les entreprises américaines pour **prévenir et signaler les violations des droits de l'homme** ou les **impacts environnementaux** négatifs relèvent d'**initiatives volontaires**.

La présentation suivante expose les principales initiatives volontaires en matière de RSE adoptées par les entreprises américaines.

| Elle ne prétend toutefois pas à l'exhaustivité, mais met en avant les exemples les plus représentatifs. |

1.2.1 Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD)

| À titre indicatif, l'analyse et la présentation qui suivent sont fondées sur le rapport final de la Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), publié en juin 2017, ainsi que sur les recommandations actualisées figurant dans ses documents d'orientation officiels. |

L'objectif principal de la TCFD est d'**aider les entreprises à divulguer des informations sur leur exposition aux risques climatiques**, afin d'éclairer les décisions des investisseurs, des prêteurs et des assureurs, et de prévenir ainsi des risques systémiques pour la stabilité financière mondiale.

La TCFD structure ses recommandations autour de quatre grandes thématiques interdépendantes : la **gouvernance** (a), la **stratégie** (b), la **gestion des risques** (c) et les **indicateurs et objectifs** (d).

GOUVERNANCE

La TCFD recommande tout d'abord que les entreprises précisent comment leur **conseil d'administration supervise les enjeux climatiques**. Il s'agit de mettre en place des processus formels.

Exemples : Mise en place d'un comité RSE ou un comité climat rattaché directement au conseil d'administration, et chargé de revoir régulièrement l'exposition aux risques physiques et de transition.

STRATÉGIE

Le deuxième pilier porte sur l'**analyse des risques et opportunités climatiques** à court, moyen et long terme, et de leur incidence sur la stratégie de l'entreprise.

Il est attendu qu'elles identifient les **principaux impacts** pour chacun de ces horizons.

La TCFD demande également de réaliser une **analyse de scénarios climatiques**. Concrètement, l'entreprise doit modéliser l'impact de plusieurs hypothèses climatiques sur son activité.

GESTION DES RISQUES

La TCFD recommande ensuite que les entreprises expliquent comment elles **identifient, évaluent et gèrent les risques climatiques**, ainsi que la manière dont ces processus sont intégrés dans leur système global de gestion des risques.

En pratique, cela implique, par exemple :

- **cartographie des risques physiques**
- **évaluation de leur gravité**

INDICATEURS ET OBJECTIFS

Enfin, la TCFD recommande que les organisations publient des **indicateurs quantitatifs** et se fixent des **objectifs climatiques précis**.

Cela **inclut** :

- la **déclaration des émissions GES (Scopes 1, 2 et 3, si pertinent)**
- des **objectifs de réduction alignés avec la science climatique**

Exemple d'application, voir le rapport TCFD de Coca Cola de 2022 : <https://coca-colafemsa.com/wp-content/uploads/2023/08/TCFD-ingles.pdf>

L'APPLICATION PAR LES ENTREPRISES AMÉRICAINES

Selon le rapport **KPMG Global Survey of Sustainability Reporting de 2022**, le pourcentage d'entreprises du **N100** aux **Etats-Unis** publiant des informations conformes aux recommandations de la TCFD est de **64%**.

Une **progression** est soulignée dans les statistiques présentées dans l'article « Corporate Climate Disclosures and Practices : Risk, Emissions, and Targets » (Harvard Law School Forum, mai 2021), la divulgation des risques climatiques alignée sur le cadre TCFD progresse nettement.

En 2024, 84 % des entreprises du S&P 500 (500 plus grandes sociétés cotées aux États-Unis) publient des informations conformes à ce cadre, contre 62 % en 2021. Pour les entreprises du Russell 3000 (3000 plus grandes sociétés cotées sur le marché boursier américain), ce taux atteint 42 % en 2024, contre 17 % en 2021.

1.2.2 GRI (Global Reporting Initiative)

Le GRI est un outil de reporting de durabilité. Il est souvent utilisé dans les rapports RSE pour structurer l'information extra-financière selon des catégories standardisées (environnement, droits humains, gouvernance, travail, etc.).

Le cadre normatif GRI est structuré en trois séries de normes.

1	2	3
Les normes universelles (GRI 100)	Les normes thématiques (GRI 200, 300, 400) :	Les normes sectorielles
• s'appliquent à toutes les entreprises • définissent : les principes de reporting ; les exigences en matière de gouvernance ; la description de l'organisation ; la méthode d'identification des enjeux matériels.	• couvrent des domaines spécifiques tels que : l'économie, l'environnement (émissions, eau, déchets) et le social (droits humains, conditions de travail, diversité) • définissent des indicateurs précis à reporter.	• s'appliquent aux secteurs à fort impact (par exemple l'énergie, l'agriculture et la finance) • complètent les normes universelles et thématiques avec des indicateurs spécifiques.

Les entreprises doivent effectuer une analyse de double matérialité :

1. Matérialité d'impact : évaluer les impacts significatifs des activités sur : l'environnement, la société, l'économie

2. Matérialité financière : identifier les enjeux ESG susceptibles d'influencer la performance financière

Mise en oeuvre du reporting: Les entreprises doivent mettre en place un reporting, précisant la définition du périmètre et de la période du reporting, la consultation des parties prenantes pour identifier les enjeux, ainsi que le reporting de données quantitatives et qualitatives fiables, vérifiables et comparables.

Exemple d'application, voir le rapport d'impact de Nike : <https://about.nike.com/en/impact-resources/nike-inc-impact-report-archive>

L'APPLICATION PAR LES ENTREPRISES AMÉRICAINES

Selon le **rapport KPMG Survey of Sustainability Reporting de 2024**, **70 %** des **grandes entreprises des Amériques** utilisent les normes **GRI**, et les États-Unis font partie du top 10 des pays les plus utilisateurs, le taux est de **71%** en **Europe**.

1.2.3 SASB (Sustainability Accounting Standards Board)

Les normes SASB (Sustainability Accounting Standards Board) demandent aux entreprises de publier des **informations spécifiques et sectorielles sur les enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance** qui sont **financièrement matériels**, c'est-à-dire susceptibles d'influencer leur performance financière et leur valeur actionnariale.

Cela **inclut** notamment l'impact des changements climatiques sur la performance économique, les risques liés à la chaîne d'approvisionnement, les questions de gouvernance et les enjeux sociaux critiques.

Ces normes couvrent **77 secteurs d'activité**, regroupés en **11 grandes catégories**, comme les biens de consommation, les industries extractives, la finance, la santé, la technologie ou encore les transports. Chaque secteur dispose d'un **référentiel précis** qui **définit les thèmes de divulgation** et les **indicateurs comptables associés**.

Dans l'**industrie manufacturière**, par **exemple**, les entreprises doivent divulguer des données sur la consommation d'eau et d'énergie, tandis que les industries à forte empreinte environnementale doivent rendre compte de la gestion des déchets, des émissions de gaz à effet de serre (notamment les émissions directes Scope 1) et de la qualité de l'air.

Exemple d'application, voir le rapport sur la responsabilité d'entreprise d'Intel : <https://csrreportbuilder.intel.com/pdfbuilder/pdfs/CSR-2022-23-Full-Report.pdf>

L'APPLICATION PAR LES ENTREPRISES AMÉRICAINES

Selon le rapport **KPMG Global Survey of Sustainability Reporting de 2022**, le pourcentage d'entreprises du **N100 aux États-Unis** publiant des informations conformes aux normes SASB est de **75%**, ce taux est supérieur à celui de l'**Europe** qui est de **35%**.

1.2.4 CDP (Carbon Disclosure Project) et GHG Protocol

Carbon Disclosure Project :

Le Carbon Disclosure Project (CDP) est une **organisation à but non lucratif**, qui agit comme une **plateforme internationale de déclaration volontaire des données environnementales**.

Chaque année, le CDP envoie aux entreprises un **questionnaire structuré** couvrant **trois grands domaines** : le changement climatique ; la gestion de l'eau ; la déforestation.

Pour y répondre, les **entreprises doivent** :

- Mesurer et déclarer leurs émissions de gaz à effet de serre (GES) selon les Scopes 1, 2 et 3 (conformément au GHG Protocol)
- Décrire les risques et opportunités climatiques identifiés dans leurs activités et leurs chaînes de valeur
- Expliquer la gouvernance climatique mise en place, et préciser si le conseil d'administration est impliqué
- Présenter leurs objectifs de réduction d'émissions et les actions concrètes mises en œuvre

Le CDP attribue à chaque entreprise une **note environnementale** (de A à D) qui reflète la **qualité** et la **transparence** des informations fournies. Ces notes sont **publiques**, sauf opposition.

***Précisions** : depuis 2018, le CDP aligne officiellement son questionnaire sur les recommandations de la TCFD.*

GHG Protocol :

Le GHG Protocol est une **norme internationale de comptabilité carbone**, elle permet de **mesurer les émissions de gaz à effet de serre (GES)** d'une entreprise ou d'un produit.

Il impose aux organisations de réaliser un bilan complet de leurs émissions, en distinguant trois catégories :

- le **Scope 1**, pour les émissions directes issues des sources contrôlées ;
- le **Scope 2**, pour les émissions indirectes liées à l'électricité ou à la chaleur achetée ;
- le **Scope 3**, pour toutes les autres émissions indirectes ;

L'application du GHG Protocol nécessite :

- de **définir un périmètre de consolidation** (contrôle financier, opérationnel ou part d'équité),
- d'**utiliser des facteurs d'émission standardisés** (EPA, ADEME, IPCC),
- de **documenter les données et les hypothèses**
- de **mettre à jour le bilan chaque année**

Le GHG Protocol n'a pas pour objet de publier des données. c'est une **méthode de référence** pour les reporting (comme la TCFD et la CSRD).

Exemple d'application, voir le *rapport environnemental* de Google de 2024 : <https://www.gstatic.com/gumdrop/sustainability/google-2024-environmental-report.pdf>

L'APPLICATION PAR LES ENTREPRISES AMÉRICAINES

Selon les statistiques présentées dans l'article « Corporate Climate Disclosures and Practices : Risk, Emissions, and Targets » (Harvard Law School Forum, mai 2025), la divulgation des émissions de gaz à effet de serre continue de progresser.

En 2024, 93 % des entreprises du S&P 500 déclarent leurs émissions de scope 1 et 92 % leurs émissions de scope 2. Pour les entreprises du Russell 3000, 54 % d'entre elles publient leurs émissions Scope 1 et 2 en 2024, marquant une forte progression par rapport à 2021. La divulgation des émissions Scope 3 progresse également, mais reste plus limitée.

Ainsi, les principaux standards en matière de RSE sont largement adoptés par les grandes entreprises américaines jusqu'en 2024, à des niveaux comparables ou proches de ceux de l'Europe.

1.2.5 Les principes directeurs de l'OCDE

Les **principes directeurs de l'OCDE** proposent aux entreprises un ensemble de recommandations volontaires couvrant les **droits humains**, l'**environnement**, les **relations de travail**, la **lutte contre la corruption**, la **fiscalité**, la **gouvernance d'entreprise** et la **chaîne d'approvisionnement**.

L'APPLICATION PAR LES ENTREPRISES AMÉRICAINES

Ce concept est progressivement adopté par les grandes entreprises américaines.

Cependant, comme les standards vus ci-dessus, l'application des principes directeurs par les entreprises américaines reste volontaire et variable selon les secteurs et la taille des entreprises. Dans son **rapport Corporate Social Responsibility : Partners for Progress de 2001**, l'OCDE souligne que ce sont surtout les **grandes multinationales américaines** qui intègrent ces principes à leurs politiques de gouvernance.

En revanche, les **PME américaines** sont confrontées à des **obstacles spécifiques** dans l'adoption de pratiques RSE en raison de leurs ressources limitées, en personnel et en financement (OCDE, **Rapport Corporate Social Responsibility : Partners for Progress, 2010**).

2. Les exigences communes des directives européennes et des lois environnementales étasuniennes

2.1 Exigences communes des cadres européens et américains en matière de divulgation climatique et ESG

Les directives européennes (CSRD/CS3D), les lois environnementales américaines (notamment les lois californiennes SB 253 et SB 261) ainsi que les normes volontaires (TCFD, GRI, SASB, CDP, GHG Protocol) présentent de fortes similitudes quant au contenu des informations exigées dans le cadre du reporting de durabilité.

Divulgation des émissions de gaz à effet de serre (GES)	Toutes ces normes imposent aux entreprises de publier des informations complètes sur les émissions de gaz à effet de serre (GES), couvrant les Scopes 1, 2 et 3. La CSRD et la CS3D mettent un accent particulier sur la chaîne de valeur (Scope 3), la loi SB 253 rend ce reporting obligatoire dès 2026 pour les Scopes 1 et 2, et en 2027 pour le Scope 3, et tous ces cadres s'appuient sur le GHG Protocol comme méthodologie de référence.
Identification et publication des risques climatiques	Concernant les risques financiers liés au climat, ces réglementations partagent l'exigence d'identifier et de divulguer : • les risques physiques (par exemple, les catastrophes naturelles) • les risques de transition (par exemple, les changements réglementaires) La CSRD et la CS3D imposent d'intégrer ces risques à la gouvernance et à la stratégie, tandis que la loi SB 261 exige un reporting biennal aligné sur le cadre TCFD, lui-même utilisé par la CSRD et les normes volontaires pour structurer l'information concernant la gouvernance, la stratégie, la gestion des risques et les indicateurs.

Gouvernance et stratégie ESG

En matière de gouvernance et de stratégie ESG, ces textes convergent également.

Les entreprises doivent publier des informations sur la supervision des enjeux climatiques par le conseil d'administration, les responsabilités de la direction et les processus décisionnels liés à la durabilité.

Ces exigences sont énoncées dans la **CSRD**, la **SB 261**, le **TCFD** et le **GRI**.

De plus, la publication des objectifs climatiques, des plans de transition carbone et des indicateurs de suivi est commune aux directives européennes, à la SB 261 et aux normes volontaires.

Impacts sociaux, vigilance et chaîne de valeur

En ce qui concerne les impacts sociaux et environnementaux, la **CS3D** va plus loin en exigeant un reporting sur les mesures de vigilance dans la chaîne de valeur (droits humains, conditions de travail, lutte contre la corruption).

Ces aspects déjà couverts par les standards volontaires (notamment le **GRI**).

Les **lois californiennes**, bien que centrées sur le climat, encouragent également la prise en compte de ces enjeux dans une approche ESG plus globale.

2.2 Les similitudes dans les modalités de mise en œuvre et de contrôle

Les lois environnementales californiennes (SB 253, SB 261) et les standards tels que le GHG Protocol, le TCFD, le GRI, le SASB ou le CDP ont des points de convergence majeurs en matière de reporting de durabilité.

Publication publique et standardisée des informations :

Ces textes et standards convergent sur la nécessité d'une **publication publique** et **standardisée** des **informations**.

La **CSRD** impose un format de reporting normalisé et accessible au public ; la **SB 253** prévoit également une plateforme publique de divulgation des données ; les **standards GRI, SASB et CDP** recommandent ou imposent des publications.

Ainsi, même si le principal point de divergence aux États-Unis réside dans le caractère majoritairement volontaire des normes de durabilité (hors obligations spécifiques comme les lois californiennes), les exigences en termes de format sont très proches de celles imposées en Europe dès lors qu'une entreprise américaine choisit de s'y conformer.

2.3 Conséquences pour les entreprises américaines qui appliquent déjà ces standards

On peut en conclure que les entreprises américaines, et en particulier les **grandes entreprises** qui appliquent largement ces **normes volontaires** (TCFD, GRI, SASB, GHG Protocol), seront **relativement bien préparées** pour s'adapter aux exigences européennes, notamment celles de la CSRD et de la CS3D.

La **forte convergence** entre ces cadres **réduit l'effort d'ajustement**, car ces entreprises disposent déjà des pratiques, des outils et des processus nécessaires pour répondre aux nouvelles obligations européennes.

♦ Réduction des tensions avec le droit antitrust américain:

Cette convergence permet de réduire les risques de tensions avec le droit antitrust américain.

Si les grandes entreprises appliquent déjà volontairement des normes alignées (TCFD, GRI, SASB, GHG Protocol), elles n'ont pas besoin de coordonner excessivement leurs pratiques ou d'imposer des exigences uniformes à leurs partenaires (PME, fournisseurs), ce qui pourrait sinon être perçu comme une restriction de concurrence.

Cela évite que ces démarches soient interprétées comme :

- des **restrictions de concurrence**,
- des **accords anticoncurrentiels**,
- ou des **pratiques coercitives** à l'égard des **petites entreprises**.

3. Devez-vous modifier vos pratiques si votre entreprise applique déjà les règles de transparence aux Etats-Unis ?

3.1 Les principaux apports des directives CSRD et CS3D par rapport aux réglementations américaines.

1

UN DEVOIR DE VIGILANCE ÉTENDU

La directive **CSRD** impose aux entreprises relevant de son champ d'application de publier leurs rapports de durabilité en conformité avec les Normes européennes d'information sur le développement durable (ESRS), élaborées par l'EFRAG.

Ces normes sont **très détaillées** et couvrent un **large éventail de thématiques ESG** (environnement, social et gouvernance d'entreprise), avec :

- des **indicateurs quantitatifs précis** ;
- des **exigences en matière de vérification** et de **transparence**.

Elles sont basées sur le principe de **double matérialité** :

- **matérialité d'impact** : impacts de l'entreprise sur l'environnement et la société ;
- **matérialité financière** : risques/opportunités ESG affectant la performance financière.

Les entreprises devront également fournir des informations sur leur stratégie, leur gouvernance, la gestion des risques, leur chaîne de valeur et leurs plans d'action.

Ces exigences vont au-delà des pratiques de reporting ESG volontaires ou des standards américains.

La **directive CS3D**, quant à elle, élargit le périmètre des obligations de vigilance et de diligence raisonnable, en couvrant non seulement les activités directes de l'entreprise, mais aussi celles de ses filiales, sous-traitants, fournisseurs et partenaires commerciaux, y compris parfois des acteurs indirects de la chaîne d'approvisionnement ou de distribution.

Selon les **articles 2 et 6 de la directive CS3D** (dans sa version de 2023), les entreprises devront mettre en place des **systèmes de cartographie des risques**, de **suivi**, de **contrôle** et de **dialogue** avec l'ensemble des acteurs de leur chaîne d'activités. Ces exigences sont plus contraignantes que les règles américaines actuelles.



En cas de manquement, la responsabilité civile de l'entreprise pourra être engagée, ce qui accentue la pression juridique sur les entreprises américaines opérant en Europe ou avec des partenaires européens.

2

OBLIGATION D'ASSURANCE EXTERNE

La **directive CSRD** implique l'obtention d'une **assurance externe** des informations de durabilité. Cette obligation impose que les informations de durabilité publiées soient vérifiées par un **commissaire aux comptes** ou, si la législation nationale le permet, par un **prestataire d'assurance indépendant**.

Cette exigence d'assurance externe limitée est **applicable dès la première publication** des informations de durabilité sous la CSRD.

Cela constitue une **différence notable par rapport aux États-Unis**. Aux États-Unis, il n'existe en effet **aucune obligation fédérale d'assurance externe des données ESG**. Même dans les juridictions les plus avancées en matière de RSE, comme la Californie, la loi SB 253 prévoit une application progressive : l'assurance limitée ne sera exigée qu'à partir de 2026 pour les émissions des scopes 1 et 2, et ne deviendra raisonnable qu'en 2030.

Par conséquent, une entreprise opérant à la fois aux États-Unis et en Europe est soumise à une exigence immédiate d'assurance en Europe, alors que l'obligation américaine demeure volontaire ou différée dans le temps.

Précision : la CSRD prévoyait initialement une transition progressive d'une assurance limitée (contrôle modéré) vers une assurance raisonnable (contrôle approfondi, proche d'un audit financier classique) pour les informations ESG publiées, mais la réforme Omnibus supprime cette obligation de passer à une assurance raisonnable, maintenant uniquement l'assurance limitée obligatoire pour le contrôle des données ESG (article 26a de la directive 2006/43/CE).

3

OBLIGATION DE RESPECT DES ÉCHÉANCES DES DIRECTIVES EUROPÉENNES

Les entreprises américaines devront obligatoirement se conformer aux **délais imposés par la CSRD** (voir Titre 2, Section 1).

Contrairement aux normes volontaires américaines, qui fournissent surtout des recommandations sans calendrier imposé, la CSRD fixe des **échéances précises** (sauf dans le cas des réglementations américaines fédérales ou étatiques, comme les lois californiennes SB 253/261, qui fixent elles aussi des échéances précises pour la divulgation obligatoire des données ESG).

Pour **rappel**, les entreprises américaines cotées sur un marché européen devront publier leur premier rapport de durabilité conforme à la CSRD pour l'exercice 2024 (publication en 2025), tandis que celles non cotées mais réalisant plus de 150 millions d'euros de chiffre d'affaires dans l'UE, avec une filiale ou succursale significative, devront publier à partir de l'exercice 2028 (publication en 2029). Ces délais sont actuellement fixés par l'article 40a de la directive comptable 2013/34/UE modifiée.

Précision : si le projet Omnibus est adopté, certaines obligations pourraient être allégées ou reportées, en particulier pour les entreprises non européennes.

3.2 Recommandations pour se conformer au mieux aux exigences européennes

Étape 1 : Vérifiez votre éligibilité à la CSRD et à la CS3DL

La première étape consiste à vérifier si votre entreprise est concernée par la CSRD et la CS3D. Il est essentiel de déterminer dès le départ si vous êtes concerné, en fonction des critères de seuils (chiffre d'affaires, nombre d'employés, bilan) ou de votre présence sur le marché européen.

Étape 2 : Comparez vos pratiques actuelles avec les exigences européennes

La deuxième étape, pour les entreprises américaines, consiste à comparer leurs pratiques actuelles en matière de RSE afin d'identifier les changements ou ajustements nécessaires pour répondre aux

exigences spécifiques de la CSRD et de la CS3D. Comme nous l'avons vu, les entreprises qui appliquent déjà des pratiques alignées sur les normes volontaires de RSE disposent d'un avantage juridique et opérationnel important pour atteindre la conformité.

Étape 3 : Évaluez et adaptez vos processus

Une fois cette analyse effectuée, l'entreprise doit évaluer précisément les adaptations ou les renforcements nécessaires pour répondre aux exigences supplémentaires imposées par la CSRD par rapport aux obligations déjà en place.

Étape 4 : Anticipez les échéances et structurez votre mise en conformité

Il est conseillé d'anticiper les échéances pour éviter tout retard dans la mise en conformité. Cela implique l'élaboration de plans clairs et détaillés, la vérification de la conformité des formats de reporting, la mise en place d'un dispositif de contrôle des données, ainsi qu'un travail approfondi de cartographie des impacts et des flux d'informations. Il est également essentiel de suivre l'évolution de la réglementation européenne, notamment les ajustements introduits par le projet Omnibus, qui pourraient alléger certaines obligations ou en préciser les contours.

Étape 5 : Sollicitez des expertises juridiques spécialisées

Il est fortement conseillé de collaborer avec des juristes spécialisés en droits humains et en droit de l'environnement afin de bénéficier d'une expertise adaptée et de sécuriser la conformité réglementaire.

Étape 6 : Renforcez vos capacités internes

Enfin, dans la mesure du possible, il est important de renforcer les ressources internes et d'optimiser les processus afin d'améliorer la transparence et la qualité du reporting.



3

LES ÉCARTS DE CONFORMITÉS ENTRE LE CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN ET AMÉRICAIN

Ce titre a pour objectif d'identifier comment la mise en œuvre de la CS3D et de la CSRD est susceptible d'entrer en conflit avec les règles antitrust américaines, ainsi que d'envisager s'il existe des tempéraments juridiques pour limiter l'exposition au risque de conflits de normes.

Section 1 : Comportement incompatible avec le droit antitrust américain

1. La collaboration entre concurrents : un risque de qualification de cartel

Les collaborations entre concurrents sont exposées à un **risque antitrust en vertu des articles 1 et 2 de la loi Sherman** (accords restreignant le commerce, monopolisation et tentatives de monopolisation), ainsi que de l'article 5 de la loi FTC (méthodes de concurrence déloyale).

En vertu du droit antitrust américain, les accords anticoncurrentiels entre concurrents peuvent être illégaux même lorsqu'ils défendent une cause vertueuse. Ce principe trouve son origine dans l'affaire *Fashion Originators' Guild of America contre FTC*, 312 U.S. 457 (1941).

Toutefois, la collaboration est autorisée si elle ne bascule pas dans un cartel.

Un cartel se produit lorsque des entreprises en concurrence, ou susceptibles de se concurrencer, pour la fourniture ou l'acquisition de biens ou de services conviennent d'agir ensemble au lieu de se faire concurrence (*conf. définition cartel titre I*).

Rappel de l'affaire Fashion Originators' Guild of America contre FTC

Il s'agissait d'une affaire de piratage de propriété intellectuelle où la Cour a jugé illégal un accord horizontal entre créateurs de mode indépendants visant à boycotter les distributeurs qui vendaient des copies de leurs créations. La question de la cause vertueuse des réglementations européennes (environnement et droit humain) ne peut donc être un tempérament à la mise en œuvre du droit antitrust.

Par exemple, si les entreprises s'accordent pour acheter uniquement auprès de fournisseurs respectant certains standards ESG, les autorités américaines peuvent voir une entente horizontale anticoncurrentielle, susceptible d'être qualifiée de cartel climatique.

Affaire Climate Action 100+

En novembre 2022, un groupe de sénateurs républicains a adressé des lettres à plus de 50 des plus grands cabinets d'avocats du pays pour leur demander d'informer leurs clients des risques encourus en participant à des « cartels climatiques et autres dispositifs ESG malavisés ». Ce groupe de parlementaires les a avertis qu'au cours des prochaines années, « le Congrès utilisera de plus en plus ses pouvoirs de surveillance pour examiner les violations institutionnalisées des règles antitrust commises au nom des critères ESG ».

Un mois plus tard, en décembre 2022, un groupe de membres de la Chambre des représentants a accusé *Climate Action 100+* de former un cartel. *Climate action* est un groupement d'investisseurs qui a pour but d'inciter les plus grandes entreprises émettrices de gaz à effet de serre à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre le changement climatique. Les représentants ont demandé des informations sur ses agissements, au motif qu'ils pourraient enfreindre la législation antitrust américaine. Fin avril, le procureur général de Louisiane a ouvert une enquête sur *Climate Action 100+*. L'enquête est encore en cours.

2. La collaboration entre concurrents : un risque d'accord sur la fixation des prix

La collaboration entre entreprises violerait le droit antitrust puisqu'elle constituerait des accords horizontaux de fixation des prix, qu'ils concernent des prix minimums ou maximums.

Aux États-Unis, de tels accords ont été systématiquement jugés illégaux selon la doctrine du *per se* (interdits sans qu'on analyse leurs effets réels) en raison du risque que des ententes entre entreprises favorisent leurs intérêts économiques au détriment de ceux des consommateurs.

Dans le cadre de la CS3D, les entreprises peuvent être amenées à fixer des prix minimums pour garantir aux fournisseurs, notamment dans les pays en développement, des conditions de rémunération plafonnée ou la couverture de coûts de production durable (notamment dans le textile ou l'extraction minière). Mais la jurisprudence américaine maintient l'interdiction d'accord entre entreprises pour fixer les prix.



Cette situation pourrait intervenir si les entreprises américaines décident de répondre aux obligations de diligence imposées par la directive CS3D en concluant un accord sectoriel fixant un revenu minimum pour leurs producteurs ou encore fixant un prix d'achat minimum de matières premières. Cela constituerait une restriction de concurrence puisque l'accord limiterait la capacité des entreprises à fixer librement leurs prix.

Exemples jurisprudentiels

Dans l'arrêt *Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951) la Cour suprême a considéré que même des prix plafonds peuvent limiter la liberté commerciale des acteurs et nuire à la concurrence.

Cette position a été maintenue dans *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982), malgré des objectifs invoqués de protection des consommateurs. La Cour a jugé que l'intention déclarée des parties ne saurait justifier une entente portant atteinte à la concurrence, et qu'il n'incombe pas aux juridictions d'évaluer la sagesse ou l'opportunité économique de telles pratiques.

3. La collaboration entre concurrents : un risque de qualification de boycott

La CS3D peut indirectement inciter les entreprises à rompre leurs relations commerciales avec des fournisseurs ou partenaires jugés non conformes aux normes environnementales ou sociales. En effet, cette directive prévoit que les entreprises doivent mettre fin ou suspendre les relations commerciales en cas de manquements graves non résolus.

Si cette exclusion s'effectue de manière concertée ou coordonnée, notamment dans le cadre d'une alliance sectorielle, cela peut être perçu comme un boycott.

Aux États-Unis, ce type de comportement peut être poursuivi comme une entente restrictive de marché, surtout si plusieurs entreprises éliminent les mêmes fournisseurs et si la décision découle d'une coordination ou d'un engagement commun (via une alliance ESG).

Des responsables politiques américains ont exprimé des inquiétudes à l'égard des initiatives menées par les institutions financières en matière de lutte contre le changement climatique. Ils considèrent que certaines de ces alliances pourraient constituer, de fait, des formes de boycott coordonné à l'encontre du secteur énergétique (énergie fossile). Selon eux, en limitant délibérément l'accès au financement pour les entreprises pétrolières et gazières, ces pratiques contribuent à restreindre l'offre et à faire grimper les prix de l'énergie pour les consommateurs américains.

C. Boyden Gray, ancien ambassadeur des États-Unis auprès de l'Union européenne, a qualifié ces actions d'« invitations à s'entendre pour boycotter un segment crucial de l'économie américaine », ce qui entraînerait des « milliards de dollars de poursuites en matière de concurrence ».

4. La fixation collective de standards environnementaux, risque de restriction de la concurrence

Dans le cadre de la mise en œuvre de la CS3D, les entreprises peuvent être incitées à adopter ou développer des standards environnementaux communs, notamment dans le but d'identifier, prévenir ou atténuer les impacts négatifs dans leurs chaînes de valeur.

Ces standards peuvent inclure, par exemple :

- l'exclusion de certaines technologies polluantes (charbon, moteurs thermiques, procédés à forte intensité carbone) ;
- l'interdiction du recours à des matériaux spécifiques, (plastiques à usage unique) ;
- ou l'imposition de seuils minimaux de performance environnementale aux fournisseurs.

L'adoption coordonnée entre entreprises concurrentes peut entrer en conflit avec les règles antitrust américaines, dans la mesure où cela peut restreindre l'accès au marché pour certains acteurs ou technologies ou encore réduire la liberté de choix des fournisseurs ou consommateurs. En effet, cela constituerait des accords entre concurrents ou un boycott déguisé, si les standards ont pour effet d'exclure certains fournisseurs ou technologies sans justification économique concurrentielle (tous deux sanctionnés par le *Sherman Act*).

Section 2 : Mécanismes juridiques permettant d'atténuer les conflits

1. Application de la règle de raison « Rule of Reason »

Le droit antitrust américain, lorsqu'il analyse les échanges d'informations ou les coopérations entre entreprises concurrentes, n'interdit pas automatiquement ces pratiques. Il applique ce qu'on appelle la « règle de raison » c'est-à-dire qu'il ne se contente pas de regarder la forme de l'accord, mais **évalue le contexte, la finalité et les justifications économiques de la collaboration**.

Pour déterminer si les informations échangées entre les entreprises permettent de se coordonner pour limiter la concurrence, l'autorité va analyser si les échanges d'informations impliquent le partage fréquent d'informations et si elles sensibles sur le plan concurrentiel (telles que les prix, la production, les coûts ou les stratégies commerciales). La principale question est de savoir si l'échange d'informations facilite la collaboration ou la manipulation du marché.

Les *directives américaines sur la collaboration entre concurrents* précisent la pratique remise en cause sera analysée sous l'angle de la « rule of reason » afin de déterminer si le droit antitrust sera appliqué ou non. En vertu de la règle « rule of reason », on n'appliquera pas le droit antitrust si la coopération « bénéficie, ou pourrait bénéficier, aux consommateurs en augmentant la production, en réduisant les prix ou en améliorant la qualité, le service ou l'innovation ».

Les dispositions des directives européennes CSRD imposent aux entreprises de publier des informations ESG qui peuvent inclure des éléments sensibles. De plus, la directive CS3D peut amener les entreprises à collaborer entre elles pour mettre en place des objectifs durables.

Grâce à la règle de raison, on peut envisager que les entreprises prennent en compte les objectifs de durabilité en coopération avec leurs concurrents sans violer le droit antitrust à partir du moment où elles démontrent des effets positifs sur le fonctionnement du marché ou sur des enjeux sociaux.

Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933)

La Cour suprême a examiné un accord de commercialisation entre producteurs de charbon qui, en apparence, centralise les décisions de prix et de production, ce qui aurait normalement été assimilé à un cartel. Cependant, dans le contexte économique de la Grande Dépression, et compte tenu des objectifs affichés (amélioration des méthodes de distribution, économies de marketing, lutte contre les pratiques commerciales destructrices), la Cour a choisi d'appliquer la règle de raison. Elle a reconnu que cette coopération pouvait stabiliser une industrie en crise sans nécessairement nuire à la concurrence.

Cela pourrait avoir comme conséquence que des initiatives sectorielles en faveur de la durabilité, tel que les engagements ESG des directives européennes, soient compatibles avec le droit antitrust, à condition de démontrer leurs bénéfices concrets pour le marché ou les consommateurs.

2. Les actions et accords de certains États

Un second tempérament antitrust reconnu par les juridictions américaines est la doctrine de l'immunité d'action de l'État (*State Action immunity Doctrine*).

Ce principe, issu de la jurisprudence *Parker v. Brown*, permet à certaines ententes entre entreprises concurrentes d'échapper à l'interdiction du *Sherman Act* lorsqu'elles sont autorisées et activement supervisées par une autorité publique. Dans cette affaire,

Rappel de l'affaire Parker v. Brown

L'État de Californie avait promulgué le *California Prorate Act*. Cette loi limitait la concurrence entre les producteurs afin de stabiliser les prix. La Cour a jugé que le programme créé par le *California Prorate Act* de 1933 constituait une réglementation des industries locales de l'État, qui ne portait pas atteinte au contrôle national sur le commerce. La Cour a souligné que les États avaient le pouvoir de réglementer les questions locales tant qu'elles n'entravaient pas matériellement le commerce.

Sous l'administration Trump, le DOJ a ouvert une enquête antitrust sur plusieurs constructeurs automobiles (Ford, BMW, Honda, Volkswagen) ayant conclu un accord avec l'État de Californie visant à promouvoir les normes d'efficacité énergétique et d'émissions. Les normes de l'accord étaient plus strictes que celles imposées au niveau fédéral. Le DOJ craignait une entente implicite visant à limiter la production de véhicules plus polluants. Par la suite, la Division a classé l'affaire parce que (1) les accords étaient conclus avec l'État de Californie et non entre les constructeurs automobiles ; (2) les accords étaient peut-être légaux en vertu de la doctrine de l'immunité d'action de l'État, qui protège les comportements autorisés par la politique de l'État et supervisés par celui-ci, et (3) les accords avec la Californie n'empêchaient pas les constructeurs automobiles de se concurrencer de multiples façons.

Toutefois, ce principe est applicable lorsque l'entente entre entreprises est explicitement autorisée par une politique publique (ex. loi de l'État) et supervisée activement par l'État.

Section 3 : Solutions pratiques

1. Appliquer la CS3D sans impliquer les dispositions du Sherman Act à travers l'exception du Foreign Trade Antitrust Improvements Act

Comme évoqué précédemment, le FTAIA limite l'application extraterritoriale du *Sherman Act* aux seules activités ayant un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce ou les consommateurs américains. Dès lors, une entreprise mettant en œuvre les obligations de la directive CS3D dans le cadre de ses activités d'exportation, sans impact significatif sur les marchés américains, pourrait ne pas être soumise aux dispositions du droit antitrust.

Il est donc nécessaire pour les entreprises de trouver un équilibre entre conformité durable et respect de la concurrence.

Éviter les excès de coordination entre concurrents

Les alliances sectorielles en matière de durabilité sont surveillées de près par les autorités américaines (cf. *Net-Zero Banking Alliance*). L'entreprise doit adopter une approche autonome.

Il est recommandé de ne pas créer d'alliances qui imposeraient à leurs membres des actions coordonnées ou uniformisées sur le plan commercial. Par exemple, s'engager collectivement à ne pas fournir ou financer certaines entreprises (ex. pétrolières) peut être vu comme un boycott au sens du droit antitrust américain.

Il est également recommandé de concevoir des standards ESG qui n'excluent pas les entreprises non-membres, ou qui imposeraient une méthode unique. Auquel cas cela augmenterait le risque de requalification en pratique anticoncurrentielle. Il est alors recommandé de mettre en place de standards ESG avec un processus transparent et non discriminatoire (accessible à tout acteur souhaitant y participer).

Maintenir la concurrence dans le choix des fournisseurs durables

Il est recommandé d'adopter une approche proportionnée et non exclusive dans la sélection des fournisseurs durables.

Par exemple, exclure tous les fournisseurs non conformes à des critères ESG pour ne conserver qu'un seul fournisseur « vert » peut être perçu comme une pratique restrictive de concurrence. En revanche, recourir à plusieurs fournisseurs répondant aux standards de durabilité, permet de préserver un certain degré de concurrence, réduisant ainsi le risque de voir la mesure qualifiée de cartel.

Éviter les répercussions sur les prix

Le programme de conformité à la CS3D ne doit pas entraîner de hausse des prix ni de taxe additionnelle imposée au consommateur final, car cela pourrait être interprété comme une coordination des conditions commerciales, notamment si plusieurs concurrents adoptent simultanément ce type de mécanisme (ex. éco-taxe convenue collectivement).

Il est donc recommandé aux entreprises de financer de manière autonome les coûts liés à la mise en œuvre de la CS3D. En effet la mise en œuvre ne doit pas être perçue par une hausse coordonnée des prix imposée aux consommateurs, cette pratique pourrait être interprétée comme une entente illicite sur les prix. Il est donc important que l'entreprise finance de manière autonome sans en faire supporter la charge aux consommateurs.

Cette recommandation peut être perçue comme un investissement lourd pour l'entreprise mais elle constitue un investissement sur le long terme et peut être facilement amortie dans le cas où dans les prochaines années à venir d'autres réglementations pourraient être adoptées en demandant des objectifs similaires.

2. Recours à des mécanismes consultatifs

Dans le cadre de projet de collaboration avec d'autres entreprises sur des initiatives liées au développement durable, il est possible de demander un avis consultatif ou une analyse d'activité auprès de la *Federal Trade Commission (FTC)* ou du *Department of Justice (DOJ)*. Cette démarche permet d'obtenir une évaluation anticipée de la compatibilité du projet avec le droit antitrust américain.

Les autorités précisent en général pouvoir se prononcer dans un délai de l'ordre de 60 jours à compter de la demande. Bien que ces avis ne soient pas contraignants juridiquement, ni au niveau fédéral ni étatique, ils constituent un outil précieux de gestion du risque, offrant une orientation claire sur les limites à ne pas franchir.

FTC	DOJ
Les conditions de base pour l'obtention d'avis consultatifs, les limites de leur délivrance et de leur application, ainsi que le moment où une demande d'avis consultatif et l'avis seront rendus publics sont décrits aux sections 1.1 à 1.4 des règles de pratique de la Commission, 16 C.F.R. § 1.1-1.4 <i>(guide provenant du site officiel en annexe).</i>	Les conditions pour soumettre une demande d'avis consultatif sont disponibles à la section 28 C.F.R, article 50.6 « Procédure d'examen des activités de la Division antitrust » des règles DOJ. <i>(guide provenant site officiel en annexe).</i>

3. Consulter les directives des organes de contrôle

Il est recommandé que l'entreprise se réfère aux lignes directrices conjointes publiées par la FTC et le DOJ en matière de coopération entre concurrents (*annexe*).

Ces documents permettent d'évaluer la légalité des initiatives collaboratives, notamment celles ayant un objectif de durabilité.

Les critères d'analyse développés par les agences portent notamment sur :

- l'objectif de la collaboration,
- la préservation de l'indépendance décisionnelle,
- les limites imposées au partage d'informations confidentielles,
- l'impact sur les marchés concernés.

Il est donc conseillé, avant d'engager toute action commune avec un concurrent, d'examiner ces recommandations afin de situer la nature du lien concurrentiel existant et de prévenir tout risque de requalification en pratique anticoncurrentielle.

ANNEXE 1 : CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX, SOCIAUX ET DE GOUVERNANCE EXIGÉS PAR LA CSRD

NORMES TRANSVERSALES	NORMES ENVIRONNEMENTALES	NORMES SOCIALES	NORMES GOUVERNANCES
ESRS 1 : Principe généraux. Cette norme établit les principes fondamentaux pour le reporting de durabilité. Elle définit les exigences de base et fournit des lignes directrices pour l'application des autres normes. <u>Elle couvre :</u> • Les principes de matérialité (identifier les enjeux durables les plus pertinents pour l'entreprise). • L'approche de double matérialité, la prise en compte des impacts de l'entreprise sur la durabilité (ex : émissions de gaz à effet de serre) et de la manière dont les enjeux de durabilité affectent l'entreprise (ex : risques liés au changement climatique).	ESRS E1 : Changement climatique. Cette norme se concentre sur les émissions de gaz à effet de serre (GES) et les actions de l'entreprise pour réduire son empreinte carbone. <u>Les exigences incluent :</u> • Bilan des émissions de GES (scope 1, 2 et 3). • Objectifs de réduction des émissions, par exemple la compatibilité avec les objectifs climatiques mondiaux (scénario 1,5°C de l'Accord de Paris). • Plans de transition pour atteindre les objectifs de décarbonations, y compris la définition des investissements nécessaires et des leviers d'action.	ESRS S1 : Personnel de l'entreprise. Cette norme porte sur les conditions de travail et la gestion des employés. <u>Elle inclut :</u> • Les droits des travailleurs, y compris la protection sociale, la diversité, l'Egalité salariale et la gestion de la santé et de la sécurité au travail. • Les mesures de bien-être au travail et les actions contre la discrimination. • La formation continue et les programmes de développement des compétences.	ESRS G1 : Conduite des affaires. Cette norme se concentre sur la gouvernance d'entreprise et l'éthique des affaires. <u>Elle inclut :</u> • La structure de gouvernance (composition des conseils d'administration, indépendance, diversité). • Les mécanismes de contrôle interne pour assurer la conformité aux normes de durabilité. • La lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts, ainsi que les politiques de vigilance raisonnable (due diligence). • La transparence sur les incidents éthiques, y compris les sanctions en cas de

	• Résilience aux risques climatiques : analyse des impacts des changements climatiques physiques (ex : inondations, vagues de chaleur) sur l'activité de l'entreprise.		violations.
--	--	--	-------------

NORMES TRANSVERSALES	NORMES ENVIRONNEMENTALES	NORMES SOCIALES
ESRS 2 : Informations générales Cette norme précise les informations générales à fournir par les entreprises dans leur rapport de durabilité. <u>Elle inclut :</u> • Gouvernance : la manière dont la gouvernance de l'entreprise gère les risques et opportunités de durabilité. • Stratégie et modèle d'affaires : comment les enjeux de durabilité sont intégrés dans la stratégie et le modèle économique de l'entreprise. • Risques, impacts et opportunités : comment les risques sociaux et environnementaux sont identifiés, évalués et gérés, ainsi que les opportunités générées par les enjeux de durabilité. • Connectivité avec les états financiers : le rapport de durabilité doit entrer cohérent avec les états financiers de l'entreprise.	ESRS E2 : Pollution. Cette norme porte sur la gestion des polluants. <u>Les entreprises doivent rendre compte de :</u> • La gestion des émissions polluantes (produits chimiques, micro plastiques, métaux lourds). • La réduction de la pollution et des actions entreprises pour éviter des impacts environnementaux nocifs. • Les actions correctives mises en place pour limiter les émissions de polluants.	ESRS S2 : Travailleurs de la chaîne de valeur. Cette norme exige des entreprises qu'elles rendent compte de leurs relations avec les travailleurs dans leur chaîne de valeur. <u>Elle inclut :</u> • Les conditions de travail des fournisseurs et sous-traitants, notamment en matière de respect des droits humains. • La prévention du travail forcé, du travail des enfants et des discriminations dans toute la chaîne d'approvisionnement. • L'implication des parties prenantes pour garantir que les conditions de travail sont conformes aux normes internationales.

NORMES ENVIRONNEMENTALES	NORMES SOCIALES
ESRS E3 : Eau et ressources marines. Les entreprises doivent rendre compte de leur utilisation de l’eau et de leur impact sur les ressources marines, avec des informations sûres : • La gestion de l'eau (quantité utilisée, techniques de réduction de la consommation). • La préservation des ressources marines et la gestion des impacts des opérations sur les	ESRS S3 : Communautés affectées. Cette norme se concentre sur l'impact des activités de l’entreprise sur les communautés locales et les populations vulnérables, telles que les communautés autochtones. <u>Les informations comprennent :</u> • Les impacts sociaux des projets ou activités sur les communautés locales. • Les actions prises pour minimiser les effets négatifs et respecter les droits humains dans les zones d’opération. • La consultation des parties prenantes locales dans le cadre des projets d’impact social.

NORMES ENVIRONNEMENTALES	NORMES SOCIALES
ESRS E4 : Biodiversité et écosystèmes. Cette norme traite de la préservation de la biodiversité. <u>Les informations à fournir incluent :</u> • Les impacts négatifs ou positifs des opérations de l'entreprise sur les écosystèmes et la biodiversité. • Les actions pour la conservation de la biodiversité, telles que la gestion des espaces naturels protégés, la réduction des effets de la pollution sur les écosystèmes. • L'intégration des enjeux de biodiversité dans les décisions stratégiques de l'entreprise.	ESR S4 : Consommateurs et utilisateurs finaux Cette norme aborde les droits des consommateurs et leur sécurité. <u>Elle inclut :</u> • La qualité des produits et services, ainsi que leur conformité aux normes de sécurité. Les actions entreprises pour garantir la transparence vis-à-vis des consommateurs et pour prévenir les pratiques trompeuses (ex : publicité mensongère). • Les politiques de protection des données personnelles et la gestion des informations des consommateurs.
ESRS E5 : Utilisation des ressources et économie circulaire. Cette norme se concentre sur l'efficacité des ressources et la mise en place de pratiques d'économie circulaire. <u>Elle inclut :</u> • Réduction de la consommation de ressources (matériaux, eau, énergie) et la transition vers des modèles circulaires. • Le recyclage et la réutilisation des matériaux, ainsi que les initiatives pour réduire les déchets. • La traçabilité des ressources et des produits utilisés tout au long de la chaîne	

de valeur.

28 CFR § 50.6 ANTITRUST DIVISION BUSINESS REVIEW PROCEDURE

Although the Department of Justice is not authorized to give advisory opinions to private parties, for several decades the Antitrust Division has been willing in certain circumstances to review proposed business conduct and state its enforcement intentions. This originated with a "railroad release" procedure under which the Division would forego the initiation of criminal antitrust proceedings. The procedure was subsequently expanded to encompass a "merger clearance" procedure under which the Division would state its present enforcement intention with respect to a merger or acquisition; and the Department issued a written statement entitled "Business Review Procedure." That statement has been revised several times.

1. A request for a business review letter must be submitted in writing to the Assistant Attorney General, Antitrust Division, Department of Justice, Washington, DC 20530.

2. The Division will consider only requests with respect to proposed business conduct, which may involve either domestic or foreign commerce.

3. The Division may, in its discretion, refuse to consider a request.

4. A business review letter shall have no application to any party which does not join in the request therefor.

5. The requesting parties are under an affirmative obligation to make full and true disclosure with respect to the business conduct for which review is requested. Each request must be accompanied by all relevant data including background information, complete copies of all operative documents and detailed statements of all collateral oral understandings, if any. All parties requesting the review letter must provide the Division with whatever additional information or documents the Division may thereafter request in order to review the matter. Such additional information, if furnished orally, shall be promptly confirmed in writing. In connection with any request for review the Division will also conduct whatever independent investigation it believes is appropriate.

6. No oral clearance, release or other statement purporting to bind the enforcement discretion of the Division may be given. The requesting party may rely upon only a written business review letter signed by the Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division or his delegate.

7. (a) If the business conduct for which review is requested is subject to approval by a regulatory agency, a review request may be considered before agency approval has been obtained only where it appears that exceptional and unnecessary burdens might otherwise be imposed on the party or parties requesting review, or where the agency specifically requests that a party or parties request review. However, any business review letter issued in these as in any other circumstances will state only the Department's present enforcement intentions under the antitrust laws. It shall in no way be taken to indicate the Department's views on the legal or factual issues that may be raised before the regulatory agency, or in an appeal from the regulatory agency's decision. In particular, the issuance of such a letter is not to be represented to mean that the Division believes that there are no anticompetitive consequences warranting agency consideration.

(b) The submission of a request for a business review, or its pendency, shall in no way alter any responsibility of any party to comply with the Premerger Notification provisions of the Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. 18A, and the regulations promulgated thereunder, 16 CFR, part 801.

8. After review of a request submitted hereunder the Division may: state its present enforcement intention with respect to the proposed business conduct; decline to pass on the request; or take such other position or action as it considers appropriate.

9. A business review letter states only the enforcement intention of the Division as of the date of the letter, and the Division remains completely free to bring whatever action or proceeding it subsequently comes to believe is required by the public interest. As to a stated present intention not to bring an action, however, the Division has never exercised its right to bring a criminal action where there has been full and true disclosure at the time of presenting the request.

10. (a) Simultaneously upon notifying the requesting party of and Division action described in paragraph 8, the business review request, and the Division's letter in response shall be indexed and placed in a file available to the public upon request.

(b) On that date or within thirty days after the date upon which the Division takes any action as described in paragraph 8, the information supplied to support the business review request and any other information supplied by the requesting party in connection with the transaction that is the subject of the business review request, shall be indexed and placed in a file with the request and the Division's letter, available to the public upon request. This file shall remain open for one year, after which time it shall be closed and the documents either returned to the requesting party or otherwise disposed of, at the discretion of the Antitrust Division.

(c) Prior to the time the information described in subparagraphs (a) and (b) is indexed and made publicly available in accordance with the terms of that subparagraph, the requesting party may ask the Division to delay making public some or all of such information. However the requesting party must: (1) Specify precisely the documents or parts thereof that he asks not be made public; (2) state the minimum period of time during which nondisclosure is considered necessary; and (3) justify the request for non-disclosure, both as to content and time, by showing good cause therefor, including a showing that disclosure would have a detrimental effect upon the requesting party's operations or relationships with actual or potential customers, employees, suppliers (including suppliers of credit), stockholders, or competitors. The Department of Justice, in its discretion, shall make the final determination as to whether good cause for non-disclosure has been shown.

(d) Nothing contained in subparagraphs (a), (b) and (c) shall limit the Division's right, in its discretion, to issue a press release describing generally the identity of the requesting party or parties and the nature of action taken by the Division upon the request.

(e) This paragraph reflects a policy determination by the Justice Department and is subject to any limitations on public disclosure arising from statutory restrictions, Executive Order, or the national interest.

11. Any requesting party may withdraw a request for review at any time. The Division remains free, however, to submit such comments to such requesting party as it deems appropriate. Failure to take action after receipt of documents or information whether submitted pursuant to this procedure or otherwise, does not in any way limit or stop the Division from taking such action at such time thereafter as it deems appropriate. The Division reserves the right to retain documents submitted to it under this procedure or otherwise and to use them for all governmental purposes.

Guidance From the Bureau of Competition on Requesting and Obtaining an Advisory Opinion*

The Federal Trade Commission's Rules of Practice provide that the Commission or its staff, in appropriate circumstances, may offer industry guidance in the form of an advisory opinion. Advisory opinions serve a public informational function, in addition to their value to the requesters. The basic requirements for obtaining advisory opinions, the limitations on their issuance and application, and the point at which both a request for an advisory opinion and the advisory opinion will be placed on the public record are described in [Sections 1.1 – 1.4 of the Commission's Rules of Practice](#), 16 C.F.R. §§ 1.1-1.4. These requirements and limitations, as well as practice tips for requesting an FTC advisory opinion, are described in greater detail below.

If you are considering making a request for an advisory opinion involving a competition issue, consider the practical guidance below. For additional information relating to requests involving health care markets, consult guidance prepared by the Bureau's Health Care Division, available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/competition-advisory-opinions/advop-health.pdf>. Advisory opinions issued by the Commission or its staff can be found on the FTC website at <https://www.ftc.gov/policy/advisory-opinions>.

The Department of Justice also offers opinions regarding certain conduct through its program of issuing business review letters. Information on that program can be found at 28 C.F.R. § 50.6, and on the website of the Antitrust Division of the Department of Justice, at <http://www.justice.gov/atr/business-reviews>.

What Are the Types of Advisory Opinions?

There are two types of advisory opinions: (1) Commission advisory opinions, and (2) advisory opinions provided by the Commission staff.

Requests for a Commission advisory opinion will be considered if (1) the matter involves a substantial or novel question of fact or law and there is no clear Commission or court precedent, or (2) the subject matter of the request and consequent publication of Commission advice is of significant public interest. A request suitable for a Commission advisory opinion will be

* The information and views provided in this document reflect the experience of the Bureau of Competition staff in dealing with advisory opinion requests, and are intended as informal guidance to those who may be considering filing a request for an advisory opinion. This guidance has not been approved or adopted by the Federal Trade Commission and does not necessarily represent the views of the Commission or any individual Commissioner.

considered -- and the Commission will respond by providing an advisory opinion – “where practicable.” Where a request does not meet the requirements for a Commission opinion, or where a Commission opinion is otherwise not practicable, the Commission has authorized its staff to consider the request and to render advice, “where practicable.”

Practice tip: Most advisory opinions are issued by FTC staff, rather than by the Commission, even if a Commission opinion is requested.

Who May Request an Advisory Opinion?

Commission Rule 1.1(a) provides that any **person, partnership, or corporation** may request an advisory opinion regarding a **proposed course of action** that is a proper subject for an opinion (see discussion below). This requirement comports with the scope of Commission jurisdiction over “persons, partnerships, or corporations” under Section 5(a)(2) of the Federal Trade Commission Act. Consequently, an entity that is not subject to the Commission’s jurisdiction should not request an advisory opinion. For example, requests for an advisory opinion involving agreements or joint conduct between certain non-profit entities that are not subject to the Commission’s jurisdiction have been referred by the Commission to the Department of Justice as possible candidates for business review letters.

The Commission and the Department of Justice operate a clearance procedure regarding requests for advisory opinions and business review letters. This assures that the appropriate agency handles a given request, based on factors such as jurisdiction or familiarity with a particular industry.

Practice tip: If you are uncertain whether you should request an advisory opinion, contact FTC staff to discuss the matter before submitting a formal request for an advisory opinion.

What Are Proper Subjects for an Advisory Opinion?

Not all requests for an advisory opinion will be considered by the Commission or its staff. Commission Rule 1.1(a) provides that a request for an advisory opinion must concern a course of action that the requesting party **proposes to pursue**. Specifically, the requesting party must intend to engage in the proposed conduct; hypothetical questions or questions regarding conduct that is already ongoing will not be answered. Furthermore, a proposed course of action must be sufficiently developed for the Commission or its staff to conclude that it is an actual proposal rather than a mere possibility, and to evaluate the proposal based on the description and supporting information provided with the request. At the same time, however, the course of action must not yet have been undertaken.

Commission Rule 1.1(b) provides that a request for an advisory opinion will ordinarily be considered inappropriate where (1) the same or substantially the same course of action is under investigation; (2) the same or essentially the same course of action is or has been the subject of a current proceeding involving the Commission or another governmental agency; or (3) an informed opinion cannot be made, or could be made only after extensive investigation, clinical study, testing, or collateral inquiry.

Regarding point (3), a request for an opinion will only be considered where the Commission or its staff can reliably reach an informed opinion regarding the proposed conduct based on the information submitted by the requester, without having to pursue an independent investigation or undertake an extensive market or technical analysis. The staff does not routinely seek to verify supporting information provided by a requester, or request information from third parties, although the staff may occasionally ask third parties to provide information on a voluntary basis. FTC staff cannot compel cooperation from third parties regarding advisory opinions, and therefore may not be able to obtain necessary or complete information from outside sources. Thus, the information submitted in support of an advisory opinion request should support all factual assertions by the requester.

Practice tip: In competition matters, a request for an advisory opinion generally is best suited to situations where the important market facts are fairly clear and the legality of the conduct at issue is unlikely to turn on an analysis of market power. By contrast, where complex factual issues such as market definition make it difficult to predict the likely competitive effects of the proposed course of action, the process is less likely to produce a definitive opinion. For example, an advisory opinion request concerning a proposed merger or acquisition is unlikely to be appropriate for, or to result in the issuance of, an advisory opinion, except in rare circumstances (such as small hospital mergers that may fall within the “safety zone” described in Statement 1 of the Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care jointly issued by the Federal Trade Commission and the Department of Justice, and available at https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/competition-policy-guidance/statements_of_antitrust_enforcement_policy_in_health_care_august_1996.pdf). That said, even if it cannot be determined whether a proposed course of action would be lawful under a rule-of-reason analysis involving market definition and the assessment of competitive effects, it may be possible to issue an opinion as to whether a proposed course of action involves activity that would be considered *per se* illegal.

One important limitation on advisory opinion requests, as noted above, is that they must relate to future conduct; they cannot address conduct already begun. If a request details ongoing conduct that raises competitive issues, the Commission staff will refuse to consider the request and instead may open a law enforcement investigation into the ongoing conduct.

In some instances, a proposed course of action may involve an entity already in operation that plans to undertake a new program or activities, and seeks an opinion regarding its future operations. As long as the program or activities about which the request seeks an opinion are not already a part of the requester's ongoing operations, they may be a proper subject for the issuance of an advisory opinion. Requesters should be prepared to explain how the proposed course of action differs from the practices already being used.

What Conduct May a Requester Undertake Prior to Issuance of an Advisory Opinion?

Advisory opinions are limited to proposed conduct, and will not be issued regarding ongoing conduct. In addition, a proposed course of conduct for which an advisory opinion is sought must be sufficiently concrete and detailed so as to be more than merely hypothetical; it must be sufficiently defined to enable the Commission or its staff to conduct an in-depth evaluation of the proposal. Nonetheless, it sometimes may be reasonably necessary for requesters of an advisory opinion, prior to issuance of the opinion, to undertake certain preparations and activities not directly involving the specific competitive restraint about which an opinion is sought. This may be necessary in order to effectively organize participants and establish the overall arrangement, ascertain its market viability, and assure its timely and effective implementation, should the requester receive a favorable opinion.

For example, in order to assure that a proposed program will be something that customers are likely to find valuable and for which they potentially may be willing to contract, a proposed joint venture between competitors may reasonably need to discuss the program's proposed structure and method of operation, capabilities, and goals with customers before submitting a request for an opinion. Similarly, while an advisory opinion request is under consideration by the Commission or its staff, some discussions with potential customers about future implementation of a proposed program may be reasonably necessary to the program's effective and timely implementation after an opinion has been issued. As long as the pre-opinion conduct does not include actual joint agreement by the competitors on prices or other competitively significant terms of dealing that otherwise would be decided individually by them, and does not involve collective negotiation or agreement, such pre-operational activity is unlikely to jeopardize an advisory opinion request.

How Do I Request an Advisory Opinion?

To formally request an advisory opinion, file the request with the Office of the Secretary, Federal Trade Commission, 600 Pennsylvania Avenue, N.W., Room 113-H, Washington, D.C. 20580, in the manner prescribed by Commission Rule 4.2(d)(1). The request should include one original, plus two paper copies, and an electronic copy on CD or DVD. For a request concerning antitrust and competition issues, also send two copies to the Assistant Director, Office of Policy and Coordination, Bureau of Competition, Federal Trade Commission, 600 Pennsylvania Avenue, N.W., Washington, D.C. 20580. There is no fee for filing an advisory opinion request or receiving an advisory opinion.

Commission Rule 1.2 requires requests for advisory opinions to state clearly the questions or issues about which the requester seeks an advisory opinion, identify the provisions of law under which the request arises, and include all facts and supporting information that the requester believes to be material to a resolution of the matter.

Under Commission Rule 1.4, if confidential treatment is requested for the advisory opinion request, a redacted public version should be filed at the same time, so that it may be placed on the public record when the Commission or staff advisory opinion is made public. A request for confidential treatment must conform to the requirements of Commission Rule 4.9(c), as discussed in more detail below.

Practice tip: Parties also may obtain less formal advice regarding a proposed course of action by contacting FTC staff to discuss issues relating to proposed conduct. Previous requesters for advisory opinions, particularly those involving complex issues, often have found it helpful to discuss potential requests with staff prior to formally submitting the requests. Such informal discussion, either in person or by telephone, may help a potential requester decide whether it is appropriate or worthwhile to proceed with a request, facilitate formulation of an appropriate request, and help clarify what information needs to be provided in support of a given request. The staff may also be willing to review a draft of an advisory opinion request prior to its formal submission. These activities may help expedite the agency's handling of, and response to, the request once it is formally submitted.

What Materials Should I Submit in Support of an Advisory Opinion Request?

In addition to identifying the companies or other persons involved in the proposed course of action, Commission Rule 1.2 requires an advisory opinion request to state all facts that the applicant believes to be material. The specific information that is material to a particular request will vary depending on the subject of the request and the factual setting and circumstances in

which the proposed course of action will occur or operate. Advisory opinions generally state that they are premised on the facts and circumstances as represented by the requester in the request and any supplemental submissions, as those facts are understood by the Commission or its staff. Material differences between a proposal's description and its subsequent operation will likely render an advisory opinion inoperative.

At a minimum, a request for an advisory opinion should include a complete description of the proposed course of action, including who will participate in it, what the requester proposes to do, and how it will operate. This may include discussion of any expected or likely procompetitive, efficiency-enhancing, or consumer-benefitting aspects of the proposed course of action, and how those benefits will be ascertained and measured. Because any proposed activity for which an advisory opinion is sought will likely involve some elimination of competition among the participants, this aspect of the proposal should be fully and candidly addressed in the request. Common questions likely to be asked by staff include:

- Why is the proposed activity being undertaken?
- Why is the proposed activity structured and planned to operate in the manner described?
- Could the proposal be structured to operate in a less competitively restrictive manner, i.e., without involving the competitive restraints that prompted the request for an advisory opinion?

A description of the environment in which the proposed arrangement will operate, and the identity of potential customers, competitors, market alternatives, or other aspects of the market, also will be helpful in evaluating a proposed course of action.

Practice tips: (1) Be candid and forthcoming about all aspects of the proposed course of action, including areas of uncertainty and potential negative effects on competition. Acknowledgment of uncertainties or the absence of certain information will not necessarily preclude issuance of an opinion. A lack of candor may undermine the credibility of the requester with staff, and ultimately could limit any opinion that may be rendered or even lead to the rejection of the request.

(2) Provide as much detail as practicable about the proposed course of action to facilitate the review. Under the Commission's rules, the staff can, and frequently does, ask the party requesting an advisory opinion to provide additional information that staff considers necessary in order to evaluate the request and potentially render an opinion.

(3) Ensure that the participants in a proposed course of action, and not merely their legal counsel, have had significant involvement in planning the action and preparing the advisory opinion request, so that the request discusses the proposal in practical, real-world, terms. This is especially important if the participants want FTC staff to fully understand and appreciate the benefits of the proposed course of action and the need for the competitive restraints that are the focus of the advisory opinion request. In developing a proposal, it is advisable for the parties who actually will undertake the proposed course of action to focus primarily on what the market demands, rather than on what the requester's counsel believes will result in a favorable advisory opinion. A proposal that responds to real market demands is likely both to be a better presentation, and to provide a better basis for asserting that it is procompetitive and lawful.

(4) Review advisory opinions previously issued by the Commission or its staff regarding similar types of conduct or arrangements. These opinions may provide guidance as to the types of factual and legal questions that certain types of conduct are likely to raise, as well as the types of information to be submitted with a request that may be necessary or helpful in addressing those issues or questions.

How Long Will It Take to Obtain an Advisory Opinion?

The length of time necessary to respond to a request for an advisory opinion will vary depending on several factors, including the nature and complexity of the issues posed by the proposed conduct, the magnitude and sufficiency of the request and supporting information provided with the initial request, the time it takes for the requester to respond to any requests from staff for additional information, and whether the opinion will be issued by the Commission or the Commission staff. Some advisory opinions have issued in a matter of weeks after the request was filed, although it is more typical for the process to take several months.

Can I Withdraw My Request for an Advisory Opinion?

A request by an applicant to withdraw a request for an advisory opinion will be considered when made relatively early in the review process. Because Commission and staff opinions serve a public informational and educational function, a request to withdraw an advisory opinion request will not necessarily be honored. Copies of any withdrawn advisory opinion requests, including any supporting materials submitted with such requests, will be maintained or destroyed in accordance with applicable Federal records retention laws and regulations. *See generally* Commission Rule 4.12 ([16 C.F.R. § 4.12](#)).

Practice tips: (1) A withdrawal request may be denied where (a) substantial time has passed since the initiation of an advisory opinion request, (b) substantial Commission resources have been expended in evaluating and preparing a response to the request, and (c) issuance of the opinion is considered to offer significant educational benefit to the industry and the public. Requests to withdraw an advisory opinion request generally will not be honored where the sole basis is the requester's belief or understanding that an unfavorable opinion is likely to issue.

(2) If the staff's request for additional information regarding a request is not adequately responded to within a reasonable period of time, FTC staff, on its own initiative, may deem the request to be withdrawn. If this happens, staff will notify the applicant. Such an involuntary withdrawal of a request generally will be preceded by staff contacting the requester and informing the requester of the impending action. If a request is deemed withdrawn by the staff for failure by the requester to pursue it, the requester is free to file a new request for an advisory opinion when the requester is prepared to proceed with the process for seeking an opinion.

How Will I Be Notified That an Advisory Opinion Has Issued?

FTC staff typically will notify an applicant shortly before issuance of an advisory opinion, so the requester can be prepared to address any media or other inquiries. The Commission typically announces the issuance of an advisory opinion in an FTC press release.

Once the applicant has been notified, the advisory opinion is placed on the public record of the Commission, as provided in Commission Rule 1.4 ([16 C.F.R. § 1.4](#)), typically at the same time as the FTC press release; both are placed on the Commission website at <https://www.ftc.gov/policy/advisory-opinions>. Commission advisory opinions also are published in the official FTC Reports, together with other official Commission actions and opinions.

What Information Will Be Publicly Disclosed and Can I Request Confidential Treatment of Information Relating to an Advisory Opinion Request?

Commission Rule 1.2(a) requires the identity of the companies and other persons involved in a proposed course of action that is the subject of an advisory opinion request to be publicly disclosed, and Commission Rule 1.4 provides that written advice and "requests therefor, including names and details" will be placed on the public record "immediately after the requesting party has received the advice." Rule 4.9(b)(2) also states that the Commission's public record includes Commission or staff advisory opinions.

The Commission's rules also provide, however, that materials placed on the public record will be subject to any limitations on public disclosure arising from statutory restrictions, the Commission's rules, and the public interest. Thus, under Rule 4.9(c), an applicant may request confidential treatment of any information submitted in support of a request for an advisory opinion, in accordance with the requirements of Rule 4.9(c). Consistent with Section 6(f) of the FTC Act ([15 U.S.C. § 46\(f\)](#)), Rule 4.10(a)(2) provides that among the categories of material considered by the Commission to be nonpublic are "[t]rade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential . . . [including] competitively sensitive information," several types of which are specified in the Rule. Trade secrets and commercial or financial information that is privileged or confidential also are exempt from disclosure under the Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552.

Rule 4.9(c)(1) allows designation of submissions or portions of submissions as confidential and allows submitters to request that those materials be withheld from the public record. An advisory opinion request and any submitted documents that are considered confidential must be so marked at the time of submission. See Rule 4.2(b). Requesters also need to follow this same document marking procedure with regard to any confidential materials subsequently submitted in support of an advisory opinion request, for example, in response to an inquiry from FTC staff for further information regarding the request. Pursuant to Rules 1.4 and 4.9(c), a requester seeking confidential treatment regarding an advisory opinion request also must do so in writing, separately from the advisory opinion request, that the submitter is requesting confidential treatment of the materials marked as "confidential," pending issuance of the advisory opinion. The written request should be filed with the Secretary and directed to the attention of the Commission's Office of the General Counsel, which ultimately will make the determination regarding the merits of the request for confidential treatment.

When it becomes clear that an advisory opinion is likely to be issued and placed on the public record, parties that initially designated an advisory opinion request or information and materials submitted in furtherance of that request as confidential will be afforded an opportunity to justify the confidentiality request "in light of applicable statutes, rules, orders of the Commission, . . . orders of the courts, or other relevant authority," as required by Rule 4.9(c)(1).

Rule 4.9(c) delegates to the General Counsel, or the General Counsel's designee, the responsibility to act on a confidentiality request "with due regard for legal constraints and the public interest." Where a confidentiality request is granted, the advisory opinion requester may be asked to provide a properly redacted copy of the request and materials for placement on the public record. If an applicant's request for confidential treatment is denied by the Office of the General Counsel, pursuant to Rule 4.9(c), and in accordance with Section 21(c) of the FTC Act, [15 U.S.C. § 57b-2\(c\)](#), the applicant will be provided ten days' notice prior to the material being placed on the public record.

What Is the Legal Effect of an Advisory Opinion?

Advisory opinions (like Department of Justice business review letters) normally do not directly opine on the legality of the proposed conduct. Instead, a Commission advisory opinion typically will set forth the Commission's enforcement intentions regarding the proposed conduct. Similarly, an FTC staff advisory opinion will typically state whether the FTC staff would recommend that the Commission initiate law enforcement action to address the proposed conduct, if it were to be undertaken. Further, because advisory opinions are based on the information provided by the applicant, they will be expressly conditioned on the accuracy and truthfulness of the representations made by the applicant, as understood and summarized by the Commission or its staff in the advisory opinion. Any material factual divergence from the requester's representations will likely render an advisory opinion inoperative.

The Commission issues an advisory opinion without prejudice to its right to reconsider the questions involved and, where the public interest requires, to rescind or revoke the opinion. Notice of such a rescission or revocation will be given to the requester, so that he or she may stop any course of action undertaken in reliance on the Commission's prior advice. The Commission will not proceed against the requester with respect to any action taken in good faith reliance on the Commission's advice if all relevant facts were fully, completely, and accurately presented to the Commission, and where such action was stopped upon notification that the Commission had rescinded or revoked its advice.

Advisory opinions issued by the FTC staff are not formally approved by the Commission, and are without prejudice to the Commission's right to later rescind the advice and, where appropriate, to commence a law enforcement proceeding.

Practice tip: While they may have persuasive value, Commission and FTC staff advisory opinions are not binding on courts, other governmental entities, or private parties. Consequently, advisory opinions should not be considered to provide immunity from legal challenge by others to the conduct at issue, or from contrary or adverse legal determinations by courts or other decisional bodies.

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors



Issued by the
Federal Trade Commission
and the
U.S. Department of Justice

April 2000

***ANTITRUST GUIDELINES FOR
COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS***

TABLE OF CONTENTS

PREAMBLE	1
.....	
SECTION 1: PURPOSE, DEFINITIONS, AND OVERVIEW	2
.....	
1.1 Purpose and Definitions	2
.....	
1.2 Overview of Analytical Framework	3
.....	
1.3 Competitor Collaborations Distinguished from Mergers	5
.....	
SECTION 2: GENERAL PRINCIPLES FOR EVALUATING AGREEMENTS AMONG COMPETITORS	6
.....	
2.1 Potential Procompetitive Benefits	6
.....	
2.2 Potential Anticompetitive Harms	6
.....	
2.3 Analysis of the Overall Collaboration and the Agreements of Which It Consists	7
.....	
2.4 Competitive Effects Are Assessed as of the Time of Possible Harm to Competition	7
.....	
SECTION 3: ANALYTICAL FRAMEWORK FOR EVALUATING	

AGREEMENTS AMONG COMPETITORS.....	7
3.1 Introduction	7
3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal	8
3.3 Agreements Analyzed under the Rule of Reason	10
3.31 Nature of the Relevant Agreement: Business Purpose, Operation in the Marketplace and Possible Competitive Concerns	12
3.31(a) Relevant Agreements that Limit Independent Decision Making or Combine Control or Financial Interests	13
3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion	15
3.32 Relevant Markets Affected by the Collaboration	16
3.32(a) Goods Markets	16
3.32(b) Technology Markets	16
3.32(c) Research and Development: Innovation Markets	17
3.33 Market Shares and Market Concentration	17
3.34 Factors Relevant to the Ability and Incentive of the Participants and the Collaboration to Compete	18
3.34(a) Exclusivity	19
3.34(b) Control over Assets	19
3.34(c) Financial Interests in the Collaboration or in Other Participants	20
3.34(d) Control of the Collaboration’s Competitively Significant Decision Making	20
3.34(e) Likelihood of Anticompetitive Information Sharing	21

3.34(f) Duration of the Collaboration	21
3.35 Entry	22
3.36 Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration	23
3.36(a) Cognizable Efficiencies Must Be Verifiable and Potentially Procompetitive	24
3.36(b) Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives	24
3.37 Overall Competitive Effect	25
SECTION 4: ANTITRUST SAFETY ZONES	25
4.1 Overview	25
4.2 Safety Zone for Competitor Collaborations in General	26
4.3 Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets	27

ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS

PREAMBLE

In order to compete in modern markets, competitors sometimes need to collaborate. Competitive forces are driving firms toward complex collaborations to achieve goals such as expanding into foreign markets, funding expensive innovation efforts, and lowering production and other costs.

Such collaborations often are not only benign but procompetitive. Indeed, in the last two decades, the federal antitrust agencies have brought relatively few civil cases against competitor collaborations. Nevertheless, a perception that antitrust laws are skeptical about agreements among actual or potential competitors may deter the development of procompetitive collaborations.¹

To provide guidance to business people, the Federal Trade Commission (“FTC”) and the U.S. Department of Justice (“DOJ”) (collectively, “the Agencies”) previously issued guidelines addressing several special circumstances in which antitrust issues related to competitor collaborations may arise.² But none of these Guidelines represents a general statement of the Agencies’ analytical approach to competitor collaborations. The increasing varieties and use of competitor collaborations have yielded requests for improved clarity regarding their treatment under the antitrust laws.

The new *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* (“*Competitor Collaboration Guidelines*”) are intended to explain how the Agencies analyze certain antitrust issues raised by collaborations among competitors. Competitor collaborations and the market circumstances in which they operate vary widely. No set of guidelines can provide specific

¹ Congress has protected certain collaborations from full antitrust liability by passing the National Cooperative Research Act of 1984 (“NCRA”) and the National Cooperative Research and Production Act of 1993 (“NCRPA”) (codified together at 15 U.S.C. § § 4301-06).

² The *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care* (“*Health Care Statements*”) outline the Agencies’ approach to certain health care collaborations, among other things. The *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (“*Intellectual Property Guidelines*”) outline the Agencies’ enforcement policy with respect to intellectual property licensing agreements among competitors, among other things. The *1992 DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines*, as amended in 1997 (“*Horizontal Merger Guidelines*”), outline the Agencies’ approach to horizontal mergers and acquisitions, and certain competitor collaborations.

answers to every antitrust question that might arise from a competitor collaboration. These Guidelines describe an analytical framework to assist businesses in assessing the likelihood of an antitrust challenge to a collaboration with one or more competitors. They should enable businesses to evaluate proposed transactions with greater understanding of possible antitrust implications, thus encouraging procompetitive collaborations, deterring collaborations likely to harm competition and consumers, and facilitating the Agencies' investigations of collaborations.

SECTION 1: PURPOSE, DEFINITIONS, AND OVERVIEW

1.1 Purpose and Definitions

These Guidelines state the antitrust enforcement policy of the Agencies with respect to competitor collaborations. By stating their general policy, the Agencies hope to assist businesses in assessing whether the Agencies will challenge a competitor collaboration or any of the agreements of which it is comprised.³ However, these Guidelines cannot remove judgment and discretion in antitrust law enforcement. The Agencies evaluate each case in light of its own facts and apply the analytical framework set forth in these Guidelines reasonably and flexibly.⁴

A “competitor collaboration” comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom.⁵ “Competitors” encompasses both actual and potential competitors.⁶ Competitor collaborations involve one or more business activities, such as research and development (“R&D”), production, marketing, distribution, sales or purchasing. Information sharing and various trade association activities also may take place through competitor

³ These Guidelines neither describe how the Agencies litigate cases nor assign burdens of proof or production.

⁴ The analytical framework set forth in these Guidelines is consistent with the analytical frameworks in the *Health Care Statements* and the *Intellectual Property Guidelines*, which remain in effect to address issues in their special contexts.

⁵ These Guidelines take into account neither the possible effects of competitor collaborations in foreclosing or limiting competition by rivals not participating in a collaboration nor the possible anticompetitive effects of standard setting in the context of competitor collaborations. Nevertheless, these effects may be of concern to the Agencies and may prompt enforcement actions.

⁶ Firms also may be in a buyer-seller or other relationship, but that does not eliminate the need to examine the competitor relationship, if present. A firm is treated as a potential competitor if there is evidence that entry by that firm is reasonably probable in the absence of the relevant agreement, or that competitively significant decisions by actual competitors are constrained by concerns that anticompetitive conduct likely would induce the firm to enter.

collaborations.

These Guidelines use the terms “anticompetitive harm,” “procompetitive benefit,” and “overall competitive effect” in analyzing the competitive effects of agreements among competitors. All of these terms include actual and likely competitive effects. The Guidelines use the term “anticompetitive harm” to refer to an agreement’s adverse competitive consequences, without taking account of offsetting procompetitive benefits. Conversely, the term “procompetitive benefit” refers to an agreement’s favorable competitive consequences, without taking account of its anticompetitive harm. The terms “overall competitive effect” or “competitive effect” are used in discussing the combination of an agreement’s anticompetitive harm and procompetitive benefit.

1.2 Overview of Analytical Framework

Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: per se and rule of reason.⁷ Certain types of agreements are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se unlawful.⁸ All other agreements are evaluated under the rule of reason, which involves a factual inquiry into an agreement’s overall competitive effect. As the Supreme Court has explained, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances.⁹

This overview briefly sets forth questions and factors that the Agencies assess in analyzing an agreement among competitors. The rest of the Guidelines should be consulted for the detailed definitions and discussion that underlie this analysis.

Agreements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.

⁷ See *National Soc’y of Prof’l. Eng’rs v. United States*, 435 U.S. 679, 692 (1978).

⁸ See *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n*, 493 U.S. 411, 432-36 (1990).

⁹ See *California Dental Ass’n v. FTC*, 119 S. Ct. 1604, 1617-18 (1999); *FTC v. Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. 447, 459-61 (1986); *National Collegiate Athletic Ass’n v. Board of Regents of the Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 104-13 (1984).

Agreements Analyzed under the Rule of Reason. Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. These include agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, provided they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

The Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm. In some cases, the nature of the agreement and the absence of market power together may demonstrate the absence of anticompetitive harm. In such cases, the Agencies do not challenge the agreement. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power or facilitate its exercise. The Agencies examine the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently. The Agencies also evaluate other market circumstances, e.g. entry, that may foster or prevent anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.

1.3 Competitor Collaborations Distinguished from Mergers

The competitive effects from competitor collaborations may differ from those of mergers due to a number of factors. Most mergers completely end competition between the merging parties in the relevant market(s). By contrast, most competitor collaborations preserve some form of competition among the participants. This remaining competition may reduce competitive concerns, but also may raise questions about whether participants have agreed to anticompetitive restraints on the remaining competition.

Mergers are designed to be permanent, while competitor collaborations are more typically of limited duration. Thus, participants in a collaboration typically remain potential competitors, even if they are not actual competitors for certain purposes (*e.g.*, R&D) during the collaboration. The potential for future competition between participants in a collaboration requires antitrust scrutiny different from that required for mergers.

Nonetheless, in some cases, competitor collaborations have competitive effects identical to those that would arise if the participants merged in whole or in part. The Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the *Horizontal Merger Guidelines* if appropriate, which ordinarily is when: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period¹⁰ by its own specific and express terms.¹¹ Effects of the collaboration on competition in other markets are analyzed as appropriate under these Guidelines or other applicable precedent. *See* Example 1.¹²

SECTION 2: GENERAL PRINCIPLES FOR EVALUATING AGREEMENTS AMONG COMPETITORS

2.1 Potential Procompetitive Benefits

¹⁰ In general, the Agencies use ten years as a term indicating sufficient permanence to justify treatment of a competitor collaboration as analogous to a merger. The length of this term may vary, however, depending on industry-specific circumstances, such as technology life cycles.

¹¹ This definition, however, does not determine obligations arising under the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a.

¹² Examples illustrating this and other points set forth in these Guidelines are included in the Appendix.

The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, trade or professional associations, licensing arrangements, or strategic alliances.

Efficiency gains from competitor collaborations often stem from combinations of different capabilities or resources. For example, one participant may have special technical expertise that usefully complements another participant's manufacturing process, allowing the latter participant to lower its production cost or improve the quality of its product. In other instances, a collaboration may facilitate the attainment of scale or scope economies beyond the reach of any single participant. For example, two firms may be able to combine their research or marketing activities to lower their cost of bringing their products to market, or reduce the time needed to develop and begin commercial sales of new products. Consumers may benefit from these collaborations as the participants are able to lower prices, improve quality, or bring new products to market faster.

2.2 Potential Anticompetitive Harms

Competitor collaborations may harm competition and consumers by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Such effects may arise through a variety of mechanisms. Among other things, agreements may limit independent decision making or combine the control of or financial interests in production, key assets, or decisions regarding price, output, or other competitively sensitive variables, or may otherwise reduce the participants' ability or incentive to compete independently.

Competitor collaborations also may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as the exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration. Such collusion may involve the relevant market in which the collaboration operates or another market in which the participants in the collaboration are actual or potential competitors.

2.3 Analysis of the Overall Collaboration and the Agreements of Which It Consists

A competitor collaboration comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom. In general, the Agencies assess the competitive effects of the overall

collaboration and any individual agreement or set of agreements within the collaboration that may harm competition. For purposes of these Guidelines, the phrase “relevant agreement” refers to whichever of these three – the overall collaboration, an individual agreement, or a set of agreements – the evaluating Agency is assessing. Two or more agreements are assessed together if their procompetitive benefits or anticompetitive harms are so intertwined that they cannot meaningfully be isolated and attributed to any individual agreement. *See* Example 2.

2.4 Competitive Effects Are Assessed as of the Time of Possible Harm to Competition

The competitive effects of a relevant agreement may change over time, depending on changes in circumstances such as internal reorganization, adoption of new agreements as part of the collaboration, addition or departure of participants, new market conditions, or changes in market share. The Agencies assess the competitive effects of a relevant agreement as of the time of possible harm to competition, whether at formation of the collaboration or at a later time, as appropriate. *See* Example 3. However, an assessment after a collaboration has been formed is sensitive to the reasonable expectations of participants whose significant sunk cost investments in reliance on the relevant agreement were made before it became anticompetitive.

SECTION 3: ANALYTICAL FRAMEWORK FOR EVALUATING AGREEMENTS AMONG COMPETITORS

3.1 Introduction

Section 3 sets forth the analytical framework that the Agencies use to evaluate the competitive effects of a competitor collaboration and the agreements of which it consists. Certain types of agreements are so likely to be harmful to competition and to have no significant benefits that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects.¹³ Once identified, such agreements are challenged as per se illegal.¹⁴

Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. Under the rule of reason, the central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Given the great variety of competitor collaborations, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. Rule of reason analysis focuses on only those factors, and undertakes only the degree of factual inquiry, necessary to assess accurately the overall competitive effect of the

¹³ *See* *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 50 n.16 (1977).

¹⁴ *See* *Superior Court Trial Lawyers Ass’n*, 493 U.S. at 432-36.

relevant agreement.¹⁵

3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal

Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output are per se illegal.¹⁶ The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Typically these are agreements not to compete on price or output. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce.¹⁷ The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.

If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if it is of a type that might otherwise be considered per se illegal.¹⁸ *See* Example 4. In an efficiency-enhancing integration, participants collaborate to perform or cause to be performed (by a joint venture entity created by the collaboration or by one or more participants or by a third party acting on behalf of other participants) one or more business functions, such as production, distribution, marketing, purchasing or R&D, and thereby benefit, or potentially benefit, consumers by expanding output, reducing price, or enhancing quality, service, or innovation. Participants in an efficiency-enhancing integration typically combine, by contract or otherwise, significant capital, technology, or other complementary assets to achieve procompetitive benefits that the participants could not achieve separately. The mere coordination of decisions on price, output, customers, territories, and the like is not integration, and cost savings without integration are not a basis for avoiding per se condemnation. The integration must be of a type that plausibly would generate procompetitive benefits cognizable under the efficiencies analysis set forth in Section 3.36 below. Such procompetitive benefits may enhance the participants' ability or incentives to compete and thus may offset an agreement's anticompetitive tendencies. *See* Examples 5 through 7.

¹⁵ *See California Dental Ass'n*, 119 S. Ct. at 1617-18; *Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. at 459-61; *NCAA*, 468 U.S. at 104-13.

¹⁶ *See Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys.*, 441 U.S. 1, 19-20 (1979).

¹⁷ *See, e.g., Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990) (market allocation); *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927) (price fixing).

¹⁸ *See Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y*, 457 U.S. 332, 339 n.7, 356-57 (1982) (finding no integration).

An agreement may be “reasonably necessary” without being essential. However, if the participants could achieve an equivalent or comparable efficiency-enhancing integration through practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the agreement is not reasonably necessary.¹⁹ In making this assessment, except in unusual circumstances, the Agencies consider whether practical, significantly less restrictive means were reasonably available when the agreement was entered into, but do not search for a theoretically less restrictive alternative that was not practical given the business realities.

Before accepting a claim that an agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from an integration of economic activity, the Agencies undertake a limited factual inquiry to evaluate the claim.²⁰ Such an inquiry may reveal that efficiencies from an agreement that are possible in theory are not plausible in the context of the particular collaboration. Some claims – such as those premised on the notion that competition itself is unreasonable – are insufficient as a matter of law,²¹ and others may be implausible on their face. In any case, labeling an arrangement a “joint venture” will not protect what is merely a device to raise price or restrict output;²² the nature of the conduct, not its designation, is determinative.

¹⁹ See *id.* at 352-53 (observing that even if a maximum fee schedule for physicians’ services were desirable, it was not necessary that the schedule be established by physicians rather than by insurers); *Broadcast Music*, 441 U.S. at 20-21 (setting of price “necessary” for the blanket license).

²⁰ See *Maricopa*, 457 U.S. at 352-53, 356-57 (scrutinizing the defendant medical foundations for indicia of integration and evaluating the record evidence regarding less restrictive alternatives).

²¹ See *Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. at 463-64; *NCAA*, 468 U.S. at 116-17; *Prof’l. Eng’rs*, 435 U.S. at 693-96. Other claims, such as an absence of market power, are no defense to per se illegality. See *Superior Court Trial Lawyers Ass’n*, 493 U.S. at 434-36; *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 224-26 & n.59 (1940).

²² See *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593, 598 (1951).

3.3 Agreements Analyzed under the Rule of Reason

Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.²³

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances.²⁴ The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

Under the rule of reason, the Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement, since the nature of the agreement determines the types of anticompetitive harms that may be of concern. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm.²⁵ If the nature of the agreement and the absence of market power²⁶ together demonstrate the absence of anticompetitive harm, the Agencies do not challenge the agreement. *See* Example 8. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement,²⁷ or anticompetitive harm has resulted from an agreement

²³ In addition, concerns may arise where an agreement increases the ability or incentive of buyers to exercise monopsony power. *See infra* Section 3.31(a).

²⁴ *See California Dental Ass'n*, 119 S. Ct. at 1612-13, 1617 (“What is required . . . is an enquiry meet for the case, looking to the circumstances, details, and logic of a restraint.”); *NCAA*, 468 U.S. 109 n.39 (“the rule of reason can sometimes be applied in the twinkling of an eye”) (quoting Phillip E. Areeda, *The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues* 37-38 (Federal Judicial Center, June 1981)).

²⁵ *See Board of Trade of the City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

²⁶ That market power is absent may be determined without defining a relevant market. For example, if no market power is likely under any plausible market definition, it does not matter which one is correct. Alternatively, easy entry may indicate an absence of market power.

²⁷ *See California Dental Ass'n*, 119 S. Ct. at 1612-13, 1617 (an “obvious anticompetitive effect” would warrant quick condemnation); *Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. at 459; *NCAA*, 468 U.S. at 104, 106-10.

already in operation,²⁸ then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.²⁹

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power³⁰ or facilitate its exercise and thus poses risks to competition.³¹ The Agencies examine factors relevant to the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently, such as whether an agreement is exclusive or non-exclusive and its duration.³² The Agencies also evaluate whether entry would be timely, likely, and sufficient to deter or counteract any anticompetitive harms. In addition, the Agencies assess any other market circumstances that may foster or impede anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably

²⁸ See *Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. at 460-61 (“Since the purpose of the inquiries into market definition and market power is to determine whether an arrangement has the potential for genuine adverse effects on competition, ‘proof of actual detrimental effects, such as a reduction of output,’ can obviate the need for an inquiry into market power, which is but a ‘surrogate for detrimental effects.’”) (quoting 7 Phillip E. Areeda, *Antitrust Law* ¶ 1511, at 424 (1986)); *NCAA*, 468 U.S. at 104-08, 110 n.42.

²⁹ See *Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. at 459-60 (condemning without “detailed market analysis” an agreement to limit competition by withholding x-rays from patients’ insurers after finding no competitive justification).

³⁰ Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time. Sellers also may exercise market power with respect to significant competitive dimensions other than price, such as quality, service, or innovation. Market power to a buyer is the ability profitably to depress the price paid for a product below the competitive level for a significant period of time and thereby depress output.

³¹ See *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 464 (1992).

³² Compare *NCAA*, 468 U.S. at 113-15, 119-20 (noting that colleges were not permitted to televise their own games without restraint), with *Broadcast Music*, 441 U.S. at 23-24 (finding no legal or practical impediment to individual licenses).

necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.³³

3.31 Nature of the Relevant Agreement: Business Purpose, Operation in the Marketplace and Possible Competitive Concerns

The nature of the agreement is relevant to whether it may cause anticompetitive harm. For example, by limiting independent decision making or combining control over or financial interests in production, key assets, or decisions on price, output, or other competitively sensitive variables, an agreement may create or increase market power or facilitate its exercise by the collaboration, its participants, or both. An agreement to limit independent decision making or to combine control or financial interests may reduce the ability or incentive to compete independently. An agreement also may increase the likelihood of an exercise of market power by facilitating explicit or tacit collusion,³⁴ either through facilitating practices such as an exchange of competitively sensitive information or through increased market concentration.

In examining the nature of the relevant agreement, the Agencies take into account inferences about business purposes for the agreement that can be drawn from objective facts. The Agencies also consider evidence of the subjective intent of the participants to the extent that it sheds light on competitive effects.³⁵ The Agencies do not undertake a full analysis of procompetitive benefits pursuant to Section 3.36 below, however, unless an anticompetitive harm appears likely. The Agencies also examine whether an agreement already in operation has caused anticompetitive harm.³⁶ Anticompetitive harm may be observed, for example, if a competitor collaboration successfully mandates new, anticompetitive conduct or successfully eliminates procompetitive pre-collaboration conduct, such as withholding services that were desired by consumers when offered in a competitive market. If anticompetitive harm is found, examination of market power ordinarily is not required. In some cases, however, a determination of anticompetitive harm may be informed by consideration of market power.

³³ See *NCAA*, 468 U.S. at 113-15 (rejecting efficiency claims when production was limited, not enhanced); *Prof'l. Eng'rs*, 435 U.S. at 696 (dictum) (distinguishing restraints that promote competition from those that eliminate competition); *Chicago Bd. of Trade*, 246 U.S. at 238 (same).

³⁴ As used in these Guidelines, “collusion” is not limited to conduct that involves an agreement under the antitrust laws.

³⁵ Anticompetitive intent alone does not establish an antitrust violation, and procompetitive intent does not preclude a violation. See, e.g., *Chicago Bd. of Trade*, 246 U.S. at 238. But extrinsic evidence of intent may aid in evaluating market power, the likelihood of anticompetitive harm, and claimed procompetitive justifications where an agreement’s effects are otherwise ambiguous.

³⁶ See *id.*

The following sections illustrate competitive concerns that may arise from the nature of particular types of competitor collaborations. This list is not exhaustive. In addition, where these sections address agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, such as agreements on price, the discussion assumes that the agreements already have been determined to be subject to rule of reason analysis because they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity. *See supra* Section 3.2.

3.31(a) Relevant Agreements that Limit Independent Decision Making or Combine Control or Financial Interests

The following is intended to illustrate but not exhaust the types of agreements that might harm competition by eliminating independent decision making or combining control or financial interests.

Production Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to produce a product sold to others or used by the participants as an input. Such agreements are often procompetitive.³⁷ Participants may combine complementary technologies, know-how, or other assets to enable the collaboration to produce a good more efficiently or to produce a good that no one participant alone could produce. However, production collaborations may involve agreements on the level of output or the use of key assets, or on the price at which the product will be marketed by the collaboration, or on other competitively significant variables, such as quality, service, or promotional strategies, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making or by combining in the collaboration, or in certain participants, the control over some or all production or key assets or decisions about key competitive variables that otherwise would be controlled independently.³⁸ Such agreements could reduce individual participants' control over assets necessary to compete and thereby reduce their ability to compete independently, combine financial interests in ways that undermine incentives to compete

³⁷ The *NCRPA* accords rule of reason treatment to certain production collaborations. However, the statute permits per se challenges, in appropriate circumstances, to a variety of activities, including agreements to jointly market the goods or services produced or to limit the participants' independent sale of goods or services produced outside the collaboration. *NCRPA*, 15 U.S.C. §§ 4301-02.

³⁸ For example, where output resulting from a collaboration is transferred to participants for independent marketing, anticompetitive harm could result if that output is restricted or if the transfer takes place at a supracompetitive price. Such conduct could raise participants' marginal costs through inflated per-unit charges on the transfer of the collaboration's output. Anticompetitive harm could occur even if there is vigorous competition among collaboration participants in the output market, since all the participants would have paid the same inflated transfer price.

independently, or both.

Marketing Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to sell, distribute, or promote goods or services that are either jointly or individually produced. Such agreements may be procompetitive, for example, where a combination of complementary assets enables products more quickly and efficiently to reach the marketplace. However, marketing collaborations may involve agreements on price, output, or other competitively significant variables, or on the use of competitively significant assets, such as an extensive distribution network, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making; by combining in the collaboration, or in certain participants, control over competitively significant assets or decisions about competitively significant variables that otherwise would be controlled independently; or by combining financial interests in ways that undermine incentives to compete independently. For example, joint promotion might reduce or eliminate comparative advertising, thus harming competition by restricting information to consumers on price and other competitively significant variables.

Buying Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to purchase necessary inputs. Many such agreements do not raise antitrust concerns and indeed may be procompetitive. Purchasing collaborations, for example, may enable participants to centralize ordering, to combine warehousing or distribution functions more efficiently, or to achieve other efficiencies. However, such agreements can create or increase market power (which, in the case of buyers, is called “monopsony power”) or facilitate its exercise by increasing the ability or incentive to drive the price of the purchased product, and thereby depress output, below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Buying collaborations also may facilitate collusion by standardizing participants’ costs or by enhancing the ability to project or monitor a participant’s output level through knowledge of its input purchases.

Research & Development Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements to engage in joint research and development (“R&D”). Most such agreements are procompetitive, and they typically are analyzed under the rule of reason.³⁹ Through the combination of complementary assets, technology, or know-how, an R&D collaboration may enable participants more quickly or more efficiently to research and develop new or improved goods, services, or production processes. Joint R&D agreements, however, can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making or by combining in the collaboration, or in certain participants, control over competitively significant assets or all or a portion of participants’ individual competitive R&D efforts. Although R&D collaborations also may facilitate tacit collusion on R&D efforts, achieving, monitoring, and punishing departures from collusion is sometimes difficult in the R&D context.

³⁹ Aspects of the antitrust analysis of competitor collaborations involving R&D are governed by provisions of the *NCRPA*, 15 U.S.C. §§ 4301-02.

An exercise of market power may injure consumers by reducing innovation below the level that otherwise would prevail, leading to fewer or no products for consumers to choose from, lower quality products, or products that reach consumers more slowly than they otherwise would. An exercise of market power also may injure consumers by reducing the number of independent competitors in the market for the goods, services, or production processes derived from the R&D collaboration, leading to higher prices or reduced output, quality, or service. A central question is whether the agreement increases the ability or incentive anticompetitively to reduce R&D efforts pursued independently or through the collaboration, for example, by slowing the pace at which R&D efforts are pursued. Other considerations being equal, R&D agreements are more likely to raise competitive concerns when the collaboration or its participants already possess a secure source of market power over an existing product and the new R&D efforts might cannibalize their supracompetitive earnings. In addition, anticompetitive harm generally is more likely when R&D competition is confined to firms with specialized characteristics or assets, such as intellectual property, or when a regulatory approval process limits the ability of late-comers to catch up with competitors already engaged in the R&D.

3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion

Each of the types of competitor collaborations outlined above can facilitate collusion. Competitor collaborations may provide an opportunity for participants to discuss and agree on anticompetitive terms, or otherwise to collude anticompetitively, as well as a greater ability to detect and punish deviations that would undermine the collusion. Certain marketing, production, and buying collaborations, for example, may provide opportunities for their participants to collude on price, output, customers, territories, or other competitively sensitive variables. R&D collaborations, however, may be less likely to facilitate collusion regarding R&D activities since R&D often is conducted in secret, and it thus may be difficult to monitor an agreement to coordinate R&D. In addition, collaborations can increase concentration in a relevant market and thus increase the likelihood of collusion among all firms, including the collaboration and its participants.

Agreements that facilitate collusion sometimes involve the exchange or disclosure of information. The Agencies recognize that the sharing of information among competitors may be procompetitive and is often reasonably necessary to achieve the procompetitive benefits of certain collaborations; for example, sharing certain technology, know-how, or other intellectual property may be essential to achieve the procompetitive benefits of an R&D collaboration. Nevertheless, in some cases, the sharing of information related to a market in which the collaboration operates or in which the participants are actual or potential competitors may increase the likelihood of collusion on matters such as price, output, or other competitively sensitive variables. The competitive concern depends on the nature of the information shared. Other things being equal, the sharing of information relating to price, output, costs, or strategic planning is more likely to raise competitive concern than the sharing of information relating to less competitively sensitive variables. Similarly, other things being equal, the sharing of information on current operating and future business plans is more likely to raise concerns than the sharing of historical information.

Finally, other things being equal, the sharing of individual company data is more likely to raise concern than the sharing of aggregated data that does not permit recipients to identify individual firm data.

3.32 Relevant Markets Affected by the Collaboration

The Agencies typically identify and assess competitive effects in all of the relevant product and geographic markets in which competition may be affected by a competitor collaboration, although in some cases it may be possible to assess competitive effects directly without defining a particular relevant market(s). Markets affected by a competitor collaboration include all markets in which the economic integration of the participants' operations occurs or in which the collaboration operates or will operate,⁴⁰ and may also include additional markets in which any participant is an actual or potential competitor.⁴¹

3.32(a) Goods Markets

In general, for goods⁴² markets affected by a competitor collaboration, the Agencies approach relevant market definition as described in Section 1 of the *Horizontal Merger Guidelines*. To determine the relevant market, the Agencies generally consider the likely reaction of buyers to a price increase and typically ask, among other things, how buyers would respond to increases over prevailing price levels. However, when circumstances strongly suggest that the prevailing price exceeds what likely would have prevailed absent the relevant agreement, the Agencies use a price more reflective of the price that likely would have prevailed. Once a market has been defined, market shares are assigned both to firms currently in the relevant market and to firms that are able to make "uncommitted" supply responses. See Sections 1.31 and 1.32 of the *Horizontal Merger Guidelines*.

3.32(b) Technology Markets

When rights to intellectual property are marketed separately from the products in which they are used, the Agencies may define technology markets in assessing the competitive effects of a competitor collaboration that includes an agreement to license intellectual property. Technology markets consist of the intellectual property that is licensed and its close substitutes;

⁴⁰ For example, where a production joint venture buys inputs from an upstream market to incorporate in products to be sold in a downstream market, both upstream and downstream markets may be "markets affected by a competitor collaboration."

⁴¹ Participation in the collaboration may change the participants' behavior in this third category of markets, for example, by altering incentives and available information, or by providing an opportunity to form additional agreements among participants.

⁴² The term "goods" also includes services.

that is, the technologies or goods that are close enough substitutes significantly to constrain the exercise of market power with respect to the intellectual property that is licensed. The Agencies approach the definition of a relevant technology market and the measurement of market share as described in Section 3.2.2 of the *Intellectual Property Guidelines*.

3.32(c) Research and Development: Innovation Markets

In many cases, an agreement's competitive effects on innovation are analyzed as a separate competitive effect in a relevant goods market. However, if a competitor collaboration may have competitive effects on innovation that cannot be adequately addressed through the analysis of goods or technology markets, the Agencies may define and analyze an innovation market as described in Section 3.2.3 of the *Intellectual Property Guidelines*. An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes and the close substitutes for that research and development. The Agencies define an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms.

3.33 Market Shares and Market Concentration

Market share and market concentration affect the likelihood that the relevant agreement will create or increase market power or facilitate its exercise. The creation, increase, or facilitation of market power will likely increase the ability and incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Other things being equal, market share affects the extent to which participants or the collaboration must restrict their own output in order to achieve anticompetitive effects in a relevant market. The smaller the percentage of total supply that a firm controls, the more severely it must restrict its own output in order to produce a given price increase, and the less likely it is that an output restriction will be profitable. In assessing whether an agreement may cause anticompetitive harm, the Agencies typically calculate the market shares of the participants and of the collaboration.⁴³ The Agencies assign a range of market shares to the collaboration. The high end of that range is the sum of the market shares of the collaboration and its participants. The low end is the share of the collaboration in isolation. In general, the Agencies approach the calculation of market share as set forth in Section 1.4 of the *Horizontal Merger Guidelines*.

Other things being equal, market concentration affects the difficulties and costs of achieving and

⁴³ When the competitive concern is that a limitation on independent decision making or a combination of control or financial interests may yield an anticompetitive reduction of research and development, the Agencies typically frame their inquiries more generally, looking to the strength, scope, and number of competing R&D efforts and their close substitutes. *See supra* Sections 3.31(a) and 3.32(c).

enforcing collusion in a relevant market. Accordingly, in assessing whether an agreement may increase the likelihood of collusion, the Agencies calculate market concentration. In general, the Agencies approach the calculation of market concentration as set forth in Section 1.5 of the *Horizontal Merger Guidelines*, ascribing to the competitor collaboration the same range of market shares described above.

Market share and market concentration provide only a starting point for evaluating the competitive effect of the relevant agreement. The Agencies also examine other factors outlined in the *Horizontal Merger Guidelines* as set forth below:

The Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 1.52 of the *Horizontal Merger Guidelines* indicate that market share and concentration data overstate or understate the likely competitive significance of participants and their collaboration.

In assessing whether anticompetitive harm may arise from an agreement that combines control over or financial interests in assets or otherwise limits independent decision making, the Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 2.2 of the *Horizontal Merger Guidelines* suggest that anticompetitive harm is more or less likely.

In assessing whether anticompetitive harms may arise from an agreement that may increase the likelihood of collusion, the Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 2.1 of the *Horizontal Merger Guidelines* suggest that anticompetitive harm is more or less likely.

In evaluating the significance of market share and market concentration data and interpreting the range of market shares ascribed to the collaboration, the Agencies also examine factors beyond those set forth in the *Horizontal Merger Guidelines*. The following section describes which factors are relevant and the issues that the Agencies examine in evaluating those factors.

3.34 Factors Relevant to the Ability and Incentive of the Participants and the Collaboration to Compete

Competitor collaborations sometimes do not end competition among the participants and the collaboration. Participants may continue to compete against each other and their collaboration, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations. Collaborations may be managed by decision makers independent of the individual participants. Control over key competitive variables may remain outside the collaboration, such as where participants independently market and set prices for the collaboration's output.

Sometimes, however, competition among the participants and the collaboration may be restrained through explicit contractual terms or through financial or other provisions that reduce or eliminate the incentive to compete. The Agencies look to the competitive benefits and harms of the relevant agreement, not merely the formal terms of agreements among the participants.

Where the nature of the agreement and market share and market concentration data reveal a likelihood of anticompetitive harm, the Agencies more closely examine the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independent of each other. The Agencies are likely to focus on six factors: (a) the extent to which the relevant agreement is non-exclusive in that participants are likely to continue to compete independently outside the collaboration in the market in which the collaboration operates; (b) the extent to which participants retain independent control of assets necessary to compete; (c) the nature and extent of participants' financial interests in the collaboration or in each other; (d) the control of the collaboration's competitively significant decision making; (e) the likelihood of anticompetitive information sharing; and (f) the duration of the collaboration.

Each of these factors is discussed in further detail below. Consideration of these factors may reduce or increase competitive concern. The analysis necessarily is flexible: the relevance and significance of each factor depends upon the facts and circumstances of each case, and any additional factors pertinent under the circumstances are considered. For example, when an agreement is examined subsequent to formation of the collaboration, the Agencies also examine factual evidence concerning participants' actual conduct.

3.34(a) Exclusivity

The Agencies consider whether, to what extent, and in what manner the relevant agreement permits participants to continue to compete against each other and their collaboration, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations. The Agencies inquire whether a collaboration is non-exclusive in fact as well as in name and consider any costs or other impediments to competing with the collaboration. In assessing exclusivity when an agreement already is in operation, the Agencies examine whether, to what extent, and in what manner participants actually have continued to compete against each other and the collaboration. In general, competitive concern likely is reduced to the extent that participants actually have continued to compete, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations, or are permitted to do so.

3.34(b) Control over Assets

The Agencies ask whether the relevant agreement requires participants to contribute to the collaboration significant assets that previously have enabled or likely would enable participants to be effective independent competitors in markets affected by the collaboration. If such resources must be contributed to the collaboration and are specialized in that they cannot readily be replaced, the participants may have lost all or some of their ability to compete against each other and their collaboration, even if they retain the contractual right to do so.⁴⁴ In general, the greater

⁴⁴ For example, if participants in a production collaboration must contribute most of their productive capacity to the collaboration, the collaboration may impair the ability of its participants to remain effective independent competitors regardless of the terms of the agreement.

the contribution of specialized assets to the collaboration that is required, the less the participants may be relied upon to provide independent competition.

3.34(c) Financial Interests in the Collaboration or in Other Participants

The Agencies assess each participant's financial interest in the collaboration and its potential impact on the participant's incentive to compete independently with the collaboration. The potential impact may vary depending on the size and nature of the financial interest (e.g., whether the financial interest is debt or equity). In general, the greater the financial interest in the collaboration, the less likely is the participant to compete with the collaboration.⁴⁵ The Agencies also assess direct equity investments between or among the participants. Such investments may reduce the incentives of the participants to compete with each other. In either case, the analysis is sensitive to the level of financial interest in the collaboration or in another participant relative to the level of the participant's investment in its independent business operations in the markets affected by the collaboration.

3.34(d) Control of the Collaboration's Competitively Significant Decision Making

The Agencies consider the manner in which a collaboration is organized and governed in assessing the extent to which participants and their collaboration have the ability and incentive to compete independently. Thus, the Agencies consider the extent to which the collaboration's governance structure enables the collaboration to act as an independent decision maker. For example, the Agencies ask whether participants are allowed to appoint members of a board of directors for the collaboration, if incorporated, or otherwise to exercise significant control over the operations of the collaboration. In general, the collaboration is less likely to compete independently as participants gain greater control over the collaboration's price, output, and other competitively significant decisions.⁴⁶

To the extent that the collaboration's decision making is subject to the participants' control, the Agencies consider whether that control could be exercised jointly. Joint control over the collaboration's price and output levels could create or increase market power and raise competitive concerns. Depending on the nature of the collaboration, competitive concern also may arise due to joint control over other competitively significant decisions, such as the level and

⁴⁵ Similarly, a collaboration's financial interest in a participant may diminish the collaboration's incentive to compete with that participant.

⁴⁶ Control may diverge from financial interests. For example, a small equity investment may be coupled with a right to veto large capital expenditures and, thereby, to effectively limit output. The Agencies examine a collaboration's actual governance structure in assessing issues of control.

scope of R&D efforts and investment. In contrast, to the extent that participants independently set the price and quantity⁴⁷ of their share of a collaboration's output and independently control other competitively significant decisions, an agreement's likely anticompetitive harm is reduced.⁴⁸

3.34(e) Likelihood of Anticompetitive Information Sharing

The Agencies evaluate the extent to which competitively sensitive information concerning markets affected by the collaboration likely would be disclosed. This likelihood depends on, among other things, the nature of the collaboration, its organization and governance, and safeguards implemented to prevent or minimize such disclosure. For example, participants might refrain from assigning marketing personnel to an R&D collaboration, or, in a marketing collaboration, participants might limit access to competitively sensitive information regarding their respective operations to only certain individuals or to an independent third party. Similarly, a buying collaboration might use an independent third party to handle negotiations in which its participants' input requirements or other competitively sensitive information could be revealed. In general, it is less likely that the collaboration will facilitate collusion on competitively sensitive variables if appropriate safeguards governing information sharing are in place.

3.34(f) Duration of the Collaboration

The Agencies consider the duration of the collaboration in assessing whether participants retain the ability and incentive to compete against each other and their collaboration. In general, the shorter the duration, the more likely participants are to compete against each other and their collaboration.

3.35 Entry

Easy entry may deter or prevent profitably maintaining price above, or output, quality, service or innovation below, what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Where the nature of the agreement and market share and concentration data suggest a likelihood of anticompetitive harm that is not sufficiently mitigated by any continuing competition identified

⁴⁷ Even if prices to consumers are set independently, anticompetitive harms may still occur if participants jointly set the collaboration's level of output. For example, participants may effectively coordinate price increases by reducing the collaboration's level of output and collecting their profits through high transfer prices, *i.e.*, through the amounts that participants contribute to the collaboration in exchange for each unit of the collaboration's output. Where a transfer price is determined by reference to an objective measure not under the control of the participants, (*e.g.*, average price in a different unconcentrated geographic market), competitive concern may be less likely.

⁴⁸ Anticompetitive harm also is less likely if individual participants may independently increase the overall output of the collaboration.

through the analysis in Section 3.34, the Agencies inquire whether entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the anticompetitive harm of concern. If so, the relevant agreement ordinarily requires no further analysis.

As a general matter, the Agencies assess timeliness, likelihood, and sufficiency of committed entry under principles set forth in Section 3 of the *Horizontal Merger Guidelines*.⁴⁹ However, unlike mergers, competitor collaborations often restrict only certain business activities, while preserving competition among participants in other respects, and they may be designed to terminate after a limited duration. Consequently, the extent to which an agreement creates and enables identification of opportunities that would induce entry and the conditions under which ease of entry may deter or counteract anticompetitive harms may be more complex and less direct than for mergers and will vary somewhat according to the nature of the relevant agreement. For example, the likelihood of entry may be affected by what potential entrants believe about the probable duration of an anticompetitive agreement. Other things being equal, the shorter the anticipated duration of an anticompetitive agreement, the smaller the profit opportunities for potential entrants, and the lower the likelihood that it will induce committed entry. Examples of other differences are set forth below.

For certain collaborations, sufficiency of entry may be affected by the possibility that entrants will participate in the anticompetitive agreement. To the extent that such participation raises the amount of entry needed to deter or counteract anticompetitive harms, and assets required for entry are not adequately available for entrants to respond fully to their sales opportunities, or otherwise renders entry inadequate in magnitude, character or scope, sufficient entry may be more difficult to achieve.⁵⁰

⁴⁹ Committed entry is defined as new competition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit. See Section 3.0 of the *Horizontal Merger Guidelines*.

⁵⁰ Under the same principles applied to production and marketing collaborations, the exercise of monopsony power by a buying collaboration may be deterred or counteracted by the entry of new purchasers. To the extent that collaborators reduce their purchases, they may create an opportunity for new buyers to make purchases without forcing the price of the input above pre-relevant agreement levels. Committed purchasing entry, defined as new purchasing competition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit — such as a new steel factory built in response to a reduction in the price of iron ore — is analyzed under principles analogous to those articulated in Section 3 of the *Horizontal Merger Guidelines*. Under that analysis, the Agencies assess whether a monopsonistic price reduction is likely to attract committed purchasing entry, profitable at pre-relevant agreement prices, that would not have occurred before the relevant agreement at those same prices. (Uncommitted new buyers are identified as participants in the relevant market if their demand responses to a price decrease are likely to occur within one year and without the expenditure of significant sunk costs of entry and exit. See *id.* at Sections 1.32 and 1.41.)

In the context of research and development collaborations, widespread availability of R&D capabilities and the large gains that may accrue to successful innovators often suggest a high likelihood that entry will deter or counteract anticompetitive reductions of R&D efforts. Nonetheless, such conditions do not always pertain, and the Agencies ask whether entry may deter or counteract anticompetitive R&D reductions, taking into account the likelihood, timeliness, and sufficiency of entry.

To be timely, entry must be sufficiently prompt to deter or counteract such harms. The Agencies evaluate the likelihood of entry based on the extent to which potential entrants have (1) core competencies (and the ability to acquire any necessary specialized assets) that give them the ability to enter into competing R&D and (2) incentives to enter into competing R&D. The sufficiency of entry depends on whether the character and scope of the entrants' R&D efforts are close enough to the reduced R&D efforts to be likely to achieve similar innovations in the same time frame or otherwise to render a collaborative reduction of R&D unprofitable.

3.36 Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration

Competition usually spurs firms to achieve efficiencies internally. Nevertheless, as explained above, competitor collaborations have the potential to generate significant efficiencies that benefit consumers in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable firms to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would otherwise be possible. Efficiency gains from competitor collaborations often stem from combinations of different capabilities or resources. *See supra* Section 2.1. Indeed, the primary benefit of competitor collaborations to the economy is their potential to generate such efficiencies.

Efficiencies generated through a competitor collaboration can enhance the ability and incentive of the collaboration and its participants to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products. For example, through collaboration, competitors may be able to produce an input more efficiently than any one participant could individually; such collaboration-generated efficiencies may enhance competition by permitting two or more ineffective (*e.g.*, high cost) participants to become more effective, lower cost competitors. Even when efficiencies generated through a competitor collaboration enhance the collaboration's or the participants' ability to compete, however, a competitor collaboration may have other effects that may lessen competition and ultimately may make the relevant agreement anticompetitive.

If the Agencies conclude that the relevant agreement has caused, or is likely to cause, anticompetitive harm, they consider whether the agreement is reasonably necessary to achieve "cognizable efficiencies." "Cognizable efficiencies" are efficiencies that have been verified by the Agencies, that do not arise from anticompetitive reductions in output or service, and that cannot be achieved through practical, significantly less restrictive means. *See infra* Sections 3.36(a) and 3.36(b). Cognizable efficiencies are assessed net of costs produced by the competitor collaboration or incurred in achieving those efficiencies.

3.36(a) Cognizable Efficiencies Must Be Verifiable and Potentially Procompetitive

Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the collaboration's participants. The participants must substantiate efficiency claims so that the Agencies can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency; how and when each would be achieved; any costs of doing so; how each would enhance the collaboration's or its participants' ability and incentive to compete; and why the relevant agreement is reasonably necessary to achieve the claimed efficiencies (*see* Section 3.36 (b)). Efficiency claims are not considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.

Moreover, cognizable efficiencies must be potentially procompetitive. Some asserted efficiencies, such as those premised on the notion that competition itself is unreasonable, are insufficient as a matter of law. Similarly, cost savings that arise from anticompetitive output or service reductions are not treated as cognizable efficiencies. *See* Example 9.

3.36(b) Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives

The Agencies consider only those efficiencies for which the relevant agreement is reasonably necessary. An agreement may be "reasonably necessary" without being essential. However, if the participants could have achieved or could achieve similar efficiencies by practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the relevant agreement is not reasonably necessary to their achievement. In making this assessment, the Agencies consider only alternatives that are practical in the business situation faced by the participants; the Agencies do not search for a theoretically less restrictive alternative that is not realistic given business realities.

The reasonable necessity of an agreement may depend upon the market context and upon the duration of the agreement. An agreement that may be justified by the needs of a new entrant, for example, may not be reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies in different market circumstances. The reasonable necessity of an agreement also may depend on whether it deters individual participants from undertaking free riding or other opportunistic conduct that could reduce significantly the ability of the collaboration to achieve cognizable efficiencies. Collaborations sometimes include agreements to discourage any one participant from appropriating an undue share of the fruits of the collaboration or to align participants' incentives to encourage cooperation in achieving the efficiency goals of the collaboration. The Agencies assess whether such agreements are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent the achievement of cognizable efficiencies. *See* Example 10.

3.37 Overall Competitive Effect

If the relevant agreement is reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies, the Agencies

assess the likelihood and magnitude of cognizable efficiencies and anticompetitive harms to determine the agreement's overall actual or likely effect on competition in the relevant market. To make the requisite determination, the Agencies consider whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to offset the potential of the agreement to harm consumers in the relevant market, for example, by preventing price increases.⁵¹

The Agencies' comparison of cognizable efficiencies and anticompetitive harms is necessarily an approximate judgment. In assessing the overall competitive effect of an agreement, the Agencies consider the magnitude and likelihood of both the anticompetitive harms and cognizable efficiencies from the relevant agreement. The likelihood and magnitude of anticompetitive harms in a particular case may be insignificant compared to the expected cognizable efficiencies, or vice versa. As the expected anticompetitive harm of the agreement increases, the Agencies require evidence establishing a greater level of expected cognizable efficiencies in order to avoid the conclusion that the agreement will have an anticompetitive effect overall. When the anticompetitive harm of the agreement is likely to be particularly large, extraordinarily great cognizable efficiencies would be necessary to prevent the agreement from having an anticompetitive effect overall.

SECTION 4: ANTITRUST SAFETY ZONES

4.1 Overview

Because competitor collaborations are often procompetitive, the Agencies believe that "safety zones" are useful in order to encourage such activity. The safety zones set out below are designed to provide participants in a competitor collaboration with a degree of certainty in those situations in which anticompetitive effects are so unlikely that the Agencies presume the arrangements to be lawful without inquiring into particular circumstances. They are not intended to discourage competitor collaborations that fall outside the safety zones.

The Agencies emphasize that competitor collaborations are not anticompetitive merely because they fall outside the safety zones. Indeed, many competitor collaborations falling outside the safety zones are procompetitive or competitively neutral. The Agencies analyze arrangements outside the safety zones based on the principles outlined in Section 3 above.

The following sections articulate two safety zones. Section 4.2 sets out a general safety zone

⁵¹ In most cases, the Agencies' enforcement decisions depend on their analysis of the overall effect of the relevant agreement over the short term. The Agencies also will consider the effects of cognizable efficiencies with no short-term, direct effect on prices in the relevant market. Delayed benefits from the efficiencies (due to delay in the achievement of, or the realization of consumer benefits from, the efficiencies) will be given less weight because they are less proximate and more difficult to predict.

applicable to any competitor collaboration.⁵² Section 4.3 establishes a safety zone applicable to research and development collaborations whose competitive effects are analyzed within an innovation market. These safety zones are intended to supplement safety zone provisions in the Agencies' other guidelines and statements of enforcement policy.⁵³

4.2 Safety Zone for Competitor Collaborations in General

Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration when the market shares of the collaboration and its participants collectively account for no more than twenty percent of each relevant market in which competition may be affected.⁵⁴ The safety zone, however, does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis,⁵⁵ or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.⁵⁶

4.3 Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets

Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration on the basis of effects on competition in an innovation market where three or more independently controlled research efforts in addition to those of the collaboration possess the required

⁵² See Sections 1.1 and 1.3 above.

⁵³ The Agencies have articulated antitrust safety zones in *Health Care Statements 7 & 8* and the *Intellectual Property Guidelines*, as well as in the *Horizontal Merger Guidelines*. The antitrust safety zones in these other guidelines relate to particular facts in a specific industry or to particular types of transactions.

⁵⁴ For purposes of the safety zone, the Agencies consider the combined market shares of the participants and the collaboration. For example, with a collaboration among two competitors where each participant individually holds a 6 percent market share in the relevant market and the collaboration separately holds a 3 percent market share in the relevant market, the combined market share in the relevant market for purposes of the safety zone would be 15 percent. This collaboration, therefore, would fall within the safety zone. However, if the collaboration involved three competitors, each with a 6 percent market share in the relevant market, the combined market share in the relevant market for purposes of the safety zone would be 21 percent, and the collaboration would fall outside the safety zone. Including market shares of the participants takes into account possible spillover effects on competition within the relevant market among the participants and their collaboration.

⁵⁵ See *supra* notes 27-29 and accompanying text in Section 3.3.

⁵⁶ See Section 1.3 above.

specialized assets or characteristics and the incentive to engage in R&D that is a close substitute for the R&D activity of the collaboration. In determining whether independently controlled R&D efforts are close substitutes, the Agencies consider, among other things, the nature, scope, and magnitude of the R&D efforts; their access to financial support; their access to intellectual property, skilled personnel, or other specialized assets; their timing; and their ability, either acting alone or through others, to successfully commercialize innovations. The antitrust safety zone does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis,⁵⁷ or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.⁵⁸

⁵⁷ See *supra* notes 27-29 and accompanying text in Section 3.3.

⁵⁸ See Section 1.3 above.

Appendix

Section 1.3

Example 1 (Competitor Collaboration/Merger)

Facts

Two oil companies agree to integrate all of their refining and refined product marketing operations. Under terms of the agreement, the collaboration will expire after twelve years; prior to that expiration date, it may be terminated by either participant on six months' prior notice. The two oil companies maintain separate crude oil production operations.

Analysis

The formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of operations in the refining and refined product markets, and the integration eliminates all competition between the participants in those markets. The evaluating Agency likely would conclude that expiration after twelve years does not constitute termination "within a sufficiently limited period." The participants' entitlement to terminate the collaboration at any time after giving prior notice is not termination by the collaboration's "own specific and express terms." Based on the facts presented, the evaluating Agency likely would analyze the collaboration under the *Horizontal Merger Guidelines*, rather than as a competitor collaboration under these Guidelines. Any agreements restricting competition on crude oil production would be analyzed under these Guidelines.

Section 2.3

Example 2 (Analysis of Individual Agreements/Set of Agreements)

Facts

Two firms enter a joint venture to develop and produce a new software product to be sold independently by the participants. The product will be useful in two areas, biotechnology research and pharmaceuticals research, but doing business with each of the two classes of purchasers would require a different distribution network and a separate marketing campaign. Successful penetration of one market is likely to stimulate sales in the other by enhancing the reputation of the software and by facilitating the ability of biotechnology and pharmaceutical researchers to use the fruits of each other's efforts. Although the software is to be marketed independently by the participants rather than by the joint venture, the participants agree that one will sell only to biotechnology researchers and the other will sell only to pharmaceutical researchers. The

participants also agree to fix the maximum price that either firm may charge. The parties assert that the combination of these two requirements is necessary for the successful marketing of the new product. They argue that the market allocation provides each participant with adequate incentives to commercialize the product in its sector without fear that the other participant will free-ride on its efforts and that the maximum price prevents either participant from unduly exploiting its sector of the market to the detriment of sales efforts in the other sector.

Analysis

The evaluating Agency would assess overall competitive effects associated with the collaboration in its entirety and with individual agreements, such as the agreement to allocate markets, the agreement to fix maximum prices, and any of the sundry other agreements associated with joint development and production and independent marketing of the software. From the facts presented, it appears that the agreements to allocate markets and to fix maximum prices may be so intertwined that their benefits and harms “cannot meaningfully be isolated.” The two agreements arguably operate together to ensure a particular blend of incentives to achieve the potential procompetitive benefits of successful commercialization of the new product. Moreover, the effects of the agreement to fix maximum prices may mitigate the price effects of the agreement to allocate markets. Based on the facts presented, the evaluating Agency likely would conclude that the agreements to allocate markets and to fix maximum prices should be analyzed as a whole.

Section 2.4

Example 3 (Time of Possible Harm to Competition)

Facts

A group of 25 small-to-mid-size banks formed a joint venture to establish an automatic teller machine network. To ensure sufficient business to justify launching the venture, the joint venture agreement specified that participants would not participate in any other ATM networks. Numerous other ATM networks were forming in roughly the same time period.

Over time, the joint venture expanded by adding more and more banks, and the number of its competitors fell. Now, ten years after formation, the joint venture has 900 member banks and controls 60% of the ATM outlets in a relevant geographic market. Following complaints from consumers that ATM fees have rapidly escalated, the evaluating Agency assesses the rule barring participation in other ATM networks, which now binds 900 banks.

Analysis

The circumstances in which the venture operates have changed over time, and the evaluating Agency would determine whether the exclusivity rule now harms competition. In assessing the exclusivity rule’s competitive effect, the evaluating Agency would take account of the

collaboration's substantial current market share and any procompetitive benefits of exclusivity under present circumstances, along with other factors discussed in Section 3. The Agencies would consider whether significant sunk investments were made in reliance on the exclusivity rule.

Section 3.2

Example 4 (Agreement Not to Compete on Price)

Facts

Net-Business and Net-Company are two start-up companies. They independently developed, and have begun selling in competition with one another, software for the networks that link users within a particular business to each other and, in some cases, to entities outside the business. Both Net-Business and Net-Company were formed by computer specialists with no prior business expertise, and they are having trouble implementing marketing strategies, distributing their inventory, and managing their sales forces. The two companies decide to form a partnership joint venture, NET-FIRM, whose sole function will be to market and distribute the network software products of Net-Business and Net-Company. NET-FIRM will be the exclusive marketer of network software produced by Net-Business and Net-Company. Net-Business and Net-Company will each have 50% control of NET-FIRM, but each will derive profits from NET-FIRM in proportion to the revenues from sales of that partner's products. The documents setting up NET-FIRM specify that Net-Business and Net-Company will agree on the prices for the products that NET-FIRM will sell.

Analysis

Net-Business and Net-Company will agree on the prices at which NET-FIRM will sell their individually-produced software. The agreement is one "not to compete on price," and it is of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output. The agreement to jointly set price may be challenged as per se illegal, unless it is reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Example 5 (Specialization without Integration)

Facts

Firm A and Firm B are two of only three producers of automobile carburetors. Minor engine variations from year to year, even within given models of a particular automobile manufacturer, require re-design of each year's carburetor and re-tooling for carburetor production. Firms A and B meet and agree that henceforth Firm A will design and produce carburetors only for automobile models of even-numbered years and Firm B will design and produce carburetors only for automobile models of odd-numbered years. Some design and re-tooling costs would be saved,

but automobile manufacturers would face only two suppliers each year, rather than three.

Analysis

The agreement allocates sales by automobile model year and constitutes an agreement “not to compete on . . . output.” The participants do not combine production; rather, the collaboration consists solely of an agreement *not* to produce certain carburetors. The mere coordination of decisions on output is not integration, and cost-savings without integration, such as the costs saved by refraining from design and production for any given model year, are not a basis for avoiding per se condemnation. The agreement is of a type so likely to harm competition and to have no significant benefits that particularized inquiry into its competitive effect is deemed by the antitrust laws not to be worth the time and expense that would be required. Consequently, the evaluating Agency likely would conclude that the agreement is per se illegal.

Example 6 (Efficiency-Enhancing Integration Present)

Facts

Compu-Max and Compu-Pro are two major producers of a variety of computer software. Each has a large, world-wide sales department. Each firm has developed and sold its own word-processing software. However, despite all efforts to develop a strong market presence in word processing, each firm has achieved only slightly more than a 10% market share, and neither is a major competitor to the two firms that dominate the word-processing software market.

Compu-Max and Compu-Pro determine that in light of their complementary areas of design expertise they could develop a markedly better word-processing program together than either can produce on its own. Compu-Max and Compu-Pro form a joint venture, WORD-FIRM, to jointly develop and market a new word-processing program, with expenses and profits to be split equally. Compu-Max and Compu-Pro both contribute to WORD-FIRM software developers experienced with word processing.

Analysis

Compu-Max and Compu-Pro have combined their word-processing design efforts, reflecting complementary areas of design expertise, in a common endeavor to develop new word-processing software that they could not have developed separately. Each participant has contributed significant assets – the time and know-how of its word-processing software developers – to the joint effort. Consequently, the evaluating Agency likely would conclude that the joint word-processing software development project is an efficiency-enhancing integration of economic activity that promotes procompetitive benefits.

Example 7 (Efficiency-Enhancing Integration Absent)

Facts

Each of the three major producers of flashlight batteries has a patent on a process for manufacturing a revolutionary new flashlight battery -- the Century Battery -- that would last 100 years without requiring recharging or replacement. There is little chance that another firm could produce such a battery without infringing one of the patents. Based on consumer surveys, each firm believes that aggregate profits will be less if all three sold the Century Battery than if all three sold only conventional batteries, but that any one firm could maximize profits by being the first to introduce a Century Battery. All three are capable of introducing the Century Battery within two years, although it is uncertain who would be first to market.

One component in all conventional batteries is a copper widget. An essential element in each producers' Century Battery would be a zinc, rather than a copper widget. Instead of introducing the Century Battery, the three producers agree that their batteries will use only copper widgets. Adherence to the agreement precludes any of the producers from introducing a Century Battery.

Analysis

The agreement to use only copper widgets is merely an agreement not to produce any zinc-based batteries, in particular, the Century Battery. It is "an agreement not to compete on . . . output" and is "of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output." The participants do not collaborate to perform any business functions, and there are no procompetitive benefits from an efficiency-enhancing integration of economic activity. The evaluating Agency likely would challenge the agreement to use only copper widgets as per se illegal.

Section 3.3

Example 8 (Rule-of-Reason: Agreement Quickly Exculpated)

Facts

Under the facts of Example 4, Net-Business and Net-Company jointly market their independently-produced network software products through NET-FIRM. Those facts are changed in one respect: rather than jointly setting the prices of their products, Net-Business and Net-Company will each independently specify the prices at which its products are to be sold by NET-FIRM. The participants explicitly agree that each company will decide on the prices for its own software independently of the other company. The collaboration also includes a requirement that NET-FIRM compile and transmit to each participant quarterly reports summarizing any comments received from customers in the course of NET-FIRM's marketing efforts regarding the desirable/undesirable features of and desirable improvements to (1) that participant's product and (2) network software in general. Sufficient provisions are included to prevent the company-specific information reported to one participant from being disclosed to the other, and those provisions are followed. The information pertaining to network software in general is to be

reported simultaneously to both participants.

Analysis

Under these revised facts, there is no agreement “not to compete on price or output.” Absent any agreement of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output, and absent any subsequent conduct suggesting that the firms did not follow their explicit agreement to set prices independently, no aspect of the partnership arrangement might be subjected to per se analysis. Analysis would continue under the rule of reason.

The information disclosure arrangements provide for the sharing of a very limited category of information: customer-response data pertaining to network software in general. Collection and sharing of information of this nature is unlikely to increase the ability or incentive of Net-Business or Net-Company to raise price or reduce output, quality, service, or innovation. There is no evidence that the disclosure arrangements have caused anticompetitive harm and no evidence that the prohibitions against disclosure of firm-specific information have been violated. Under any plausible relevant market definition, Net-Business and Net-Company have small market shares, and there is no other evidence to suggest that they have market power. In light of these facts, the evaluating Agency would refrain from further investigation.

Section 3.36(a)

Example 9 (Cost Savings from Anticompetitive Output or Service Reductions)

Facts

Two widget manufacturers enter a marketing collaboration. Each will continue to manufacture and set the price for its own widget, but the widgets will be promoted by a joint sales force. The two manufacturers conclude that through this collaboration they can increase their profits using only half of their aggregate pre-collaboration sales forces by (1) taking advantage of economies of scale -- presenting both widgets during the same customer call -- and (2) refraining from time-consuming demonstrations highlighting the relative advantages of one manufacturer’s widgets over the other manufacturer’s widgets. Prior to their collaboration, both manufacturers had engaged in the demonstrations.

Analysis

The savings attributable to economies of scale would be cognizable efficiencies. In contrast, eliminating demonstrations that highlight the relative advantages of one manufacturer’s widgets over the other manufacturer’s widgets deprives customers of information useful to their decision making. Cost savings from this source arise from an anticompetitive output or service reduction and would not be cognizable efficiencies.

Section 3.36(b)

Example 10 (Efficiencies from Restrictions on Competitive Independence)

Facts

Under the facts of Example 6, Compu-Max and Compu-Pro decide to collaborate on developing and marketing word-processing software. The firms agree that neither one will engage in R&D for designing word-processing software outside of their WORD-FIRM joint venture. Compu-Max papers drafted during the negotiations cite the concern that absent a restriction on outside word-processing R&D, Compu-Pro might withhold its best ideas, use the joint venture to learn Compu-Max's approaches to design problems, and then use that information to design an improved word-processing software product on its own. Compu-Pro's files contain similar documents regarding Compu-Max.

Compu-Max and Compu-Pro further agree that neither will sell its previously designed word-processing program once their jointly developed product is ready to be introduced. Papers in both firms' files, dating from the time of the negotiations, state that this latter restraint was designed to foster greater trust between the participants and thereby enable the collaboration to function more smoothly. As further support, the parties point to a recent failed collaboration involving other firms who sought to collaborate on developing and selling a new spread-sheet program while independently marketing their older spread-sheet software.

Analysis

The restraints on outside R&D efforts and on outside sales both restrict the competitive independence of the participants and could cause competitive harm. The evaluating Agency would inquire whether each restraint is reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies. In the given context, that inquiry would entail an assessment of whether, by aligning the participants' incentives, the restraints in fact are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent achieving cognizable efficiency goals of the collaboration.

With respect to the limitation on independent R&D efforts, possible alternatives might include agreements specifying the level and quality of each participant's R&D contributions to WORD-FIRM or requiring the sharing of all relevant R&D. The evaluating Agency would assess whether any alternatives would permit each participant to adequately monitor the scope and quality of the other's R&D contributions and whether they would effectively prevent the misappropriation of the other participant's know-how. In some circumstances, there may be no "practical, significantly less restrictive" alternative.

Although the agreement prohibiting outside sales might be challenged as per se illegal if not reasonably necessary for achieving the procompetitive benefits of the integration discussed in Example 6, the evaluating Agency likely would analyze the agreement under the rule of reason if

it could not adequately assess the claim of reasonable necessity through limited factual inquiry. As a general matter, participants' contributions of marketing assets to the collaboration could more readily be monitored than their contributions of know-how, and neither participant may be capable of misappropriating the other's marketing contributions as readily as it could misappropriate know-how. Consequently, the specification and monitoring of each participant's marketing contributions could be a "practical, significantly less restrictive" alternative to prohibiting outside sales of pre-existing products. The evaluating Agency, however, would examine the experiences of the failed spread-sheet collaboration and any other facts presented by the parties to better assess whether such specification and monitoring would likely enable the achievement of cognizable efficiencies.

1. **Réforme OMNIBUS CSDDD**

1. ***Report de la transposition et de l'application de la Directive à juillet 2027 et juillet 2028(Article 37 CSDDD)***

Supprimée car elle n'a pas d'impact sur les dispositions en lien avec le droit de la concurrence américain.

2. ***Accélération de l'adoption des lignes directrices de la Commission - disponibles dès juillet 2026 (Article 19(3) CSDDD)***

Supprimée car elle n'a pas d'impact sur les dispositions en lien avec le droit de la concurrence américain.

3. **Extension de la portée de l'harmonisation maximale à davantage de dispositions de la CSDDD (Article 4 CSDDD)**

L'amendement propose d'étendre l'harmonisation maximale à plusieurs obligations clés du devoir de vigilance : identification des risques, prévention, atténuation, mécanismes de réclamation, etc. Cela signifie que les États membres ne pourraient plus aller au-delà des exigences fixées par la directive, dans ces domaines.

Les amendements proposés visent à étendre l'harmonisation maximale aux obligations suivantes :

- Le devoir d'identification des impacts négatifs : Cela comprend l'obligation pour les entreprises d'identifier les risques et impacts négatifs qui découlent de leurs activités commerciales, ainsi que ceux qui pourraient découler de la chaîne de valeur.

- L'obligation de traiter les impacts négatifs : Cela concerne l'obligation de prévenir ou d'atténuer les impacts négatifs qui ont été ou qui auraient dû être identifiés.
- La mise en place d'une procédure de réclamation et d'un mécanisme de notification : Ces obligations visent à garantir que les entreprises disposent d'un système pour permettre aux parties prenantes de signaler des violations potentielles, tout en assurant un traitement transparent de ces réclamations.

En fixant le niveau d'ambition dans certains domaines, l'harmonisation maximale pourrait bloquer les États membres souhaitant aller plus loin, notamment dans la protection des droits humains, du travail ou de l'environnement. Toutefois, cela réduit les incertitudes réglementaires car tous les États membres auront les mêmes standards et les coûts de conformité seront réduits pour les groupes internationaux qui pourront se conformer à des standards universels.

En rendant certaines obligations uniformes, les entreprises multinationales vont adopter des comportements identiques dans plusieurs juridictions. Du point de vue du droit antitrust américain, cela accroît le risque de requalification en « coordination anticoncurrentielle », notamment si plusieurs entreprises partagent des fournisseurs ESG communs en excluant les autres.

4. Limitation de la chaîne d'activités couvertes par les obligations de due diligence dans le cours normal des affaires aux partenaires commerciaux de niveau 1 (directs), avec exceptions

Les entreprises seraient tenues de mener des évaluations approfondies des impacts négatifs uniquement pour leurs fournisseurs directs et leurs clients directs, et **non pour les partenaires commerciaux indirects** (ceux qui sont au-delà de ce premier niveau dans la chaîne de valeur).

Exceptions :

- Évaluation au-delà du niveau 1 : Les entreprises devront procéder à une évaluation approfondie de l'impact dans les niveaux supérieurs uniquement si elles disposent d'informations plausibles suggérant la présence de risques dans ces segments.
- En cas de confirmation des risques : Si des impacts négatifs sont effectivement identifiés au-delà du niveau 1, les entreprises devront mettre en œuvre une due diligence appropriée pour traiter ces risques et atténuer les impacts négatifs.

L'objectif de cette mesure est de réduire la charge administrative, notamment pour les grandes entreprises et leurs partenaires PME. Cela permettra de limiter les risques de partage d'informations sensibles entre concurrents sur les fournisseurs indirects et d'éviter des accords horizontaux perçus comme des formes de cartels verts, notamment s'il s'agissait auparavant de se coordonner sur l'exclusion de certains fournisseurs non conformes au-delà du niveau 1.

Du point de vue des lois antitrust américaines, cet amendement est positif car il réduit les risques antitrust pour les entreprises actives aux États-Unis. Elle limite les situations de convergence normative pouvant être perçues comme une coordination anticoncurrentielle.

5. Limitation des demandes d'informations vis-à-vis des partenaires commerciaux PME et SMC pour la cartographie des impacts négatifs (« bouclier PME ») (Article 8 CSDDD)

La proposition d'amendement introduite par la directive OMNIBUS prévoit que, sauf circonstances particulières, les entreprises concernées **doivent limiter la nature et l'étendue des informations exigées de la part de leurs partenaires commerciaux directs de type PME/SMC** à celles prévues dans les **normes volontaires de reporting (VSME)** visées à l'article 29a de la directive CSRD.

Exception :

Si les informations spécifiques demandées par la grande entreprise pour réaliser la cartographie des impacts négatifs ne sont pas couvertes par les normes VSME ou si elles ne peuvent pas être obtenues de manière raisonnable par d'autres moyens (par exemple, via des rapports publics, des audits, ou d'autres sources d'information accessibles), alors les grandes entreprises pourront demander des informations supplémentaires à leurs partenaires PME et SMC.

Cet amendement vise à limiter **l'effet de diffusion réglementaire** de la directive sur des acteurs qui n'en relèvent pas directement, réduisant ainsi les **coûts indirects de conformité** et les déséquilibres structurels dans la chaîne d'approvisionnement.

Sur le plan du droit antitrust américain cette disposition est positive. Elle réduit **le risque de collecte de données commerciales sensibles**, données qui auraient été susceptibles d'être partagées entre entreprises d'un même secteur, et cela évitent que la pratique soit interprétée comme un instrument de coordination anticoncurrentielle ou de contrôle collectif des partenaires de la chaîne. De plus, cette restriction **préserve l'indépendance décisionnelle** de chaque entreprise, un critère pris en compte dans l'analyse antitrust fondée sur la **"rule of reason » (conf. Titre 3)**.

6) Suppression de l'obligation de mesure de dernier recours consistant à mettre fin à la relation commerciale (Article 10(6) et Article 11(7) CSDDD)

L'obligation de mettre fin à la relation commerciale en cas d'impact négatif grave serait supprimée. Cette obligation de rupture de contrat, qui était perçue comme une mesure extrême, serait désormais remplacée par une obligation de **suspension** de la relation commerciale.

Cela signifie que l'entreprise suspend temporairement ses interactions commerciales avec le partenaire concerné, mais la relation contractuelle reste intacte. L'entreprise peut reprendre la relation si les problèmes sont résolus.

Cet amendement laisse aux entreprises une **marge d'appréciation** pour négocier et apporter des améliorations sans rompre le lien contractuel de manière irréversible.

Du point de vue antitrust cet amendement est positif. En effet sous l'ancienne disposition plusieurs entreprises d'un même secteur auraient pu cesser leurs relations commerciales avec certains fournisseurs non conformes simultanément, et ce comportement pouvait être perçu, aux États-Unis, comme un **boycott coordonné**, susceptible de violer l'article 1 du *Sherman Act*. En remplaçant cette obligation de rupture par une simple **possibilité de suspension**, le nouveau texte réduit le **risque d'un effet d'éviction collectif** sur certains fournisseurs, qui aurait pu être interprété comme une restriction anticoncurrentielle.

7) Simplification de la notion de « partie prenante » (Article 3(1)(n) CSDDD) et limitation des étapes du processus de due diligence nécessitant l'engagement des parties prenantes (Article 13 CSDDD)

La définition est simplifiée et désormais considérés comme parties prenantes que les travailleurs, leurs représentants, ainsi que les individus et communautés directement affectés par les activités de l'entreprise et de ses partenaires.

8) Réduction de la fréquence des évaluations périodiques et de la mise à jour possible de la politique et des mesures de due diligence (Article 15 CSDDD)

Les amendements proposés prolongent la période entre deux évaluations régulières, qui passeraient de 1 an à 5 ans.

Objectif : réduction des coûts de mise en œuvre estimée jusqu'à 80 % pour certaines entreprises.

9) Suppression de l'exigence de « mise en œuvre » du plan climatique et alignement avec le régime de reporting

L'obligation initiale de mettre en œuvre sans délai un plan de transition climatique est supprimée. Désormais, les entreprises doivent intégrer les actions climatiques dans leur reporting de durabilité, conformément à la CSRD.

10) Suppression du seuil de 5 % du chiffre d'affaires comme plafond minimum pour les amendes pécuniaires (Article 27(4) CSDDD)

Les amendements proposés modifient la manière dont les amendes pécuniaires sont appliquées aux entreprises qui ne respectent pas leurs obligations de due diligence en vertu de la CSDDD.

Le texte abandonne le plafond minimal de 5 % du chiffre d'affaires pour les sanctions pécuniaires. Les États membres ne pourront fixer de plafond maximum contraignant, laissant une marge d'appréciation aux autorités nationales, basée sur les critères des articles 27(1) et (2) : gravité, durée, intention, coopération, gains tirés de l'infraction, etc.

Des **lignes directrices européennes** viendront harmoniser l'application des amendes.

11) Suppression de la responsabilité civile au niveau de l'UE et suppression de certaines facilités d'accès à la justice (Article 29 CSDDD)

Les amendements proposés modifient le régime de responsabilité et les conditions d'accès à la justice.

a) Suppression du régime de responsabilité spécifique au niveau de l'UE

Le texte supprime le régime uniforme de responsabilité à l'échelle de l'UE. Chaque État membre reste libre de définir les règles de responsabilité civile (faute, causalité, préjudice), selon son droit national.

b) Suppression de l'exigence de représentation par des associations

La CSDDD prévoyait que les victimes de violations des droits humains ou des impacts environnementaux dans la chaîne de valeur d'une entreprise puissent être représentées par des associations ou ONG devant les tribunaux. La directive supprime cette possibilité.

c) Suppression de l'obligation de garantir la responsabilité obligatoire en cas de droit étranger

Les amendements prévoient également la suppression de l'exigence pour les États membres de garantir que les règles de responsabilité s'appliquent de manière obligatoire dans les cas où la loi applicable aux demandes de responsabilité n'est pas celle de l'État membre.

12) Suppression de la clause de réexamen concernant les services financiers et les activités d'investissement des entreprises financières régulées (Article 36(1) CSDDD)

L'amendement supprime le mécanisme obligeant la Commission à **réévaluer d'ici 2026** l'opportunité d'étendre la due diligence aux **entreprises financières régulées** (banques, investisseurs, assureurs). Il **reporte l'évaluation** à une date ultérieure, le secteur n'ayant pas encore pleinement appliqué les principes de la directive.

II. Réformes du Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)

1) Réduction du champ d'application de la directive

Avec la réforme Omnibus, seules les grandes entreprises comptant en moyenne plus de 1 000 salariés et atteignant au moins l'un des deux seuils financiers suivants sont soumises au reporting obligatoire : un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions d'euros ou un bilan supérieur à 25 millions d'euros.

Les PME cotées ainsi que les entreprises de la tranche 500 à 1000 salariés en sont désormais exclues.

Cette réforme entraîne une réduction estimée à environ 80 % du nombre total d'entités concernées, faisant passer ce nombre d'environ 50 000 à 10 000 entreprises.

Toutefois, l'exclusion formelle des PME cotées ne les affranchit pas nécessairement des implications pratiques du dispositif. L'EFRAG a élaboré un standard volontaire simplifié (VSME) à destination des PME non soumises aux obligations de reporting.

2) Ajustement des critères pour les entreprises hors UE (article 40a de la Directive 2013/34/EU)

Avec Omnibus, les critères d'application du NESRS (Non-EU Sustainability Reporting Standards) pour les entreprises hors UE sont assouplis. Initialement, toute entreprise réalisant 150 M€ de chiffre d'affaires dans l'UE devait publier un reporting de durabilité des 2028, dès lors qu'elle possédait une filiale européenne ou une succursale générant plus de 40 M€ de chiffre d'affaires.

Désormais, le seuil est relevé à 450 M€ de chiffre d'affaires dans l'UE, et seules les succursales réalisant plus de 50 M€ de chiffre d'affaires seront concernées, réduisant ainsi la charge administrative pour les groupes internationaux tout en maintenant un cadre de transparence pour les acteurs économiques les plus influents.

3) Suppression des normes sectorielles (Article 29b de la Directive 2013/34/EU)

En ce qui concerne la suppression de certaines obligations lourdes, il y a un allègement des normes de reporting.

Les normes sectorielles spécifiques seront supprimées, ce qui signifie que les entreprises n'auront plus à fournir des rapports adaptés à leur secteur d'activité.

4) Suppression des obligations sur la chaîne de valeur (article 19a et 29a)

La directive Omnibus modifie les articles 19a et 29a de la directive 2013/34/UE en introduisant une limitation des obligations de reporting dans la chaîne de valeur. Selon cette modification, les grandes entreprises soumises à la CSRD ne peuvent exiger des entités de leur chaîne de valeur comptant moins de 1 000 salariés en moyenne que les informations prévues dans le standard volontaire de durabilité adopté par la Commission européenne ou les informations communément échangées dans le secteur concerné.

Le principe de diligence raisonnable (CSDDD) selon lequel une entreprise est responsable si elle connaissait ou aurait dû connaître les risques dans sa chaîne de valeur est impacté par cette limitation. En effet, les grandes entreprises disposent désormais d'un cadre légal qui restreint les informations qu'elles peuvent exiger des PME, ce qui peut limiter leur capacité à identifier certains risques en amont. Toutefois, la responsabilité de l'entreprise reste engagée si elle a connaissance ou devrait avoir connaissance d'impacts négatifs avérés ou plausibles notamment en matière de droit de l'Homme, même si ces informations ne sont pas couvertes par le reporting standardisé.

« While their obligations to pro-actively identify such impacts will be reduced to avoid burdens from systematically addressing all parts of often complex value chains, companies will continue to have a responsibility to respect human rights along their value chains in the future when they have such information. »

5) Suppression de l'obligation d'assurance raisonnable (Article 26a de la Directive 2006/43/EC)

Une réduction du niveau d'assurance requis est également prévue, avec la fin de l'obligation de passer à une assurance « raisonnable », une forme plus stricte de vérification des données. Une nouvelle limite sur la chaîne de valeur sera introduite : les entreprises concernées par le

CSRD ne pourront pas exiger d'informations supplémentaires auprès des PME et fournisseurs en dehors du cadre des normes volontaires établies par l'EFRAG.

Concrètement, la CSRD impose actuellement aux entreprises de publier leurs informations en matière de durabilité accompagnées de l'avis d'un contrôleur légal des comptes ou, si les États membres le permettent, d'un prestataire de services d'assurance indépendant, sur la base d'une assurance limitée. Cette assurance limitée se traduit par une charge de travail nettement inférieure à celle d'une mission d'assurance raisonnable et aboutit à une conclusion formulée de manière négative, indiquant que le prestataire d'assurance n'a identifié aucun élément permettant de conclure que l'objet de l'assurance comporte des inexactitudes significatives. La CSRD prévoit que cette exigence pourrait être remplacée par une assurance raisonnable, celle-ci impliquerait des procédures de vérification plus étendues, une évaluation approfondie de l'objet de l'assurance par rapport à des critères préalablement définis, et aboutirait à une conclusion formulée de manière positive, exprimant une véritable opinion sur la conformité et la fiabilité des informations publiées.

Cette suppression rend le dispositif européen plus compatible avec les principes du droit de la concurrence américain relatif aux collaborations horizontales. En effet, réduire l'accès aux informations contribuent à limiter les collaborations et alliance entre entreprises qui s'accorderaient sur les prix ou imposerait des standards universels et donc pourraient être assimilable à une restriction du marché américain ou à un cartel organisé, car ces coordinations commerciales pourraient amener les entreprises à fixer les prix et restreindre l'offre pour le consommateur.

Elle réduit les coûts et les exigences d'accès au marché européen pour les entreprises américaines, évitant ainsi des effets anticoncurrentiels ou discriminatoires. Enfin, elle favorise une concurrence plus ouverte, tant entre prestataires d'audit qu'entre entreprises, en réduisant les barrières réglementaires.

6) Introduction d'un standard volontaire pour les entreprises hors champ (Article 29ca)

Pour les entreprises hors champ, un standard volontaire de reporting basé sur un modèle simplifié développé par l'EFRAG sera mis en place. Ce standard permet aux entreprises non concernées par l'obligation légale de fournir des informations sur une base volontaire, et pourra être utilisé pour répondre aux demandes des investisseurs, des banques et des partenaires commerciaux.

L'introduction d'un standard volontaire pour les entreprises hors champ dans le cadre de la réforme CSRD représente une évolution pertinente par rapport à l'approche américaine, où le reporting ESG repose largement sur le volontariat. Contrairement aux réglementations strictes observées dans d'autres juridictions, ce modèle permet aux entreprises européennes de s'aligner sur une approche plus flexible, similaire à celle en vigueur aux États-Unis.

7) Flexibilité pour le reporting sur la taxonomie verte

Concernant le reporting sur la taxonomie verte, le Règlement Taxonomie impose actuellement aux entreprises de rendre compte de leurs activités alignées avec la transition écologique.

Un nouveau régime optionnel sera instauré pour les entreprises de plus de 1 000 salariés, mais avec un chiffre d'affaires inférieur à 450 millions d'euros. Elles pourront choisir de déclarer uniquement certaines données clés sans respecter toutes les exigences de la Taxonomie, avec pour objectif de réduire la charge de reporting pour les entreprises en transition.

Comme expliqué précédemment, l'adoption d'une approche plus flexible et volontaire rapproche le cadre européen du modèle américain. En limitant les obligations de reporting, l'Europe réduit le risque de désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises américaines, qui sont soumises à des normes volontaires.

8) Report de l'application pour certaines entreprises (Articles 19a et 29a)

Avant la réforme Omnibus, les entreprises de la 2^e vague (grandes entreprises hors entités d'intérêt public avec plus de 500 employés) devaient appliquer le CSRD dès 2026, tandis que celles de la 3^e vague (PME cotées, petites banques et assureurs captifs) étaient concernées à partir de 2027.

Après la mise en place de l'Omnibus, un report de deux ans a été décidé : la mise en conformité pour les entreprises de la 2^e vague est désormais repoussée à 2028, et celle de la 3^e vague à 2029.

Ce délai supplémentaire allège la pression immédiate sur les entreprises américaines concernées, leur permettant de mieux s'adapter aux nouvelles exigences, de renforcer leurs dispositifs de reporting et d'anticiper les ajustements nécessaires.

ANNEXE 3 : LE PROTECT USA ACT

Une nouvelle législation est en cours d'adoption aux États-Unis, le PROTECT USA Act of 2025 (*Prevent Regulatory Overreach from Turning Essential Companies into Targets Act*), proposé par le sénateur Hagerty, pourrait entraîner un risque élevé de conflit de lois pour les filiales européennes de groupes américains.

Le texte du PROTECT USA Act, actuellement examiné par le Congrès, a pour objectif d'interdire à toutes entreprises stratégiques américaines jugée « intégrale aux intérêts nationaux des États-Unis » de se conformer à des réglementations étrangères en matière de durabilité, en particulier à la directive européenne CSDDD.

Qui est concerné ? Une définition très large des “entreprises stratégiques”

La Section 3 du projet de loi indique les entreprises qualifiées d' « entities integral to the national interests of the United States ». Il s'agit :

- De toute entreprise contractant avec le gouvernement fédéral (y compris par des baux, subventions, marchés publics) ;
- De toute société américaine ou filiale étrangère qui :
 - Tire au moins 25 % de ses revenus d'activités d'extraction ou de production de ressources naturelles (pétrole, gaz, biomasse, mines) ;
 - Fait partie du secteur manufacturier selon la classification NAICS ;
 - Dérive 25 % ou plus de son chiffre d'affaires de la transformation industrielle de matières premières ;
 - Participe à la production d'armement ou au traitement de minéraux critiques ;
- Et, plus largement, de toute entité que le Président estime stratégique pour les intérêts nationaux.

En clair, de nombreuses multinationales américaines opérant en Europe – dans l'énergie, l'automobile, les matériaux, l'agroalimentaire ou la tech – se retrouveraient juridiquement empêchées de mettre en œuvre la CSDDD, au risque d'encourir des sanctions financières aux États-Unis.

Ce que le texte interdit :

La Section 4 (a) énonce de manière explicite que les entreprises stratégiques n'ont pas le droit de se conformer à des réglementations étrangères de due diligence, parmi lesquelles la directive CSDDD est expressément citée.

Mais l'interdiction va plus loin : elle vise l'ensemble des lois étrangères qui imposent aux entreprises de :

- Évaluer les impacts environnementaux ou sociaux de leurs activités ou de leur chaîne d'approvisionnement ;
- Mettre en œuvre des actions correctives ;
- Rapporter publiquement les résultats et mesures prises.

Autrement dit, le champ de l'interdiction couvre la CSDDD actuelle, ses futures déclinaisons nationales, mais aussi toute loi étrangère similaire non validée par le Congrès américain.

Des exceptions strictement encadrées :

Le projet prévoit quelques exceptions, mais celles-ci sont limitées :

- Si l'entreprise agit pour se conformer à une loi américaine ;
- Ou si elle réalise certaines démarches dans le cadre de ses activités ordinaires (par exemple des audits internes ESG ou des pratiques RSE classiques), à condition que cela ne soit pas explicitement pour répondre à une loi étrangère (Section 4 (b)).

Un mécanisme de dérogation est néanmoins prévu : une entreprise affectée pourra déposer une demande d'exemption auprès du Président des États-Unis (Section 4 (c)).

Les sanctions financières Américaine

Enfin, le projet de loi prévoit des sanctions financières pour toute entreprise américaine qui chercherait à se conformer aux directives européennes.

Selon l'article 5(c)(3)(A), une entité qui viole les interdictions énoncées dans la loi pourra se voir infliger une amende allant jusqu'à un million de dollars. Cette disposition signifie qu'une entreprise opérant en Europe pourrait être sanctionnée financièrement aux États-Unis pour avoir simplement respecté la législation européenne.

BIBLIOGRAPHIE :

I - Articles

- Morgane Tirel. RSE, ESG, compliance : éléments pour une distinction. Revue Lamy Droit des affaires, 2023, 2, pp.22. hal-04434661
- Sidley Austin LLP, « SEC Ends Defense of Climate-Related Disclosure Rules », 10 avril 2025, <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2025/04/sec-ends-defense-of-climate-related-disclosure-rules>.
- Harvard Law School Forum on Corporate Governance, « Corporate Climate Disclosures and Practices: Risk, Emissions, and Targets », 3 mai 2025, <https://corpgov.law.harvard.edu/2025/05/03/corporate-climate-disclosures-and-practices-risk-emissions-and-targets/>
- Proskauer, « Climate Reporting in 2025: Looking Ahead », 29 avril 2025, <https://www.proskauer.com/alert/climate-reporting-in-2025-looking-ahead>
- Deloitte, « SEC Climate Disclosure Requirements: GHG Emissions Executive Summary », 21 mars 2024, <https://dart.deloitte.com/USDART/home/publications/deloitte/heads-up/2024/sec-climate-disclosure-requirements-ghg-emissions-executive-summary>
- Center for Sustainability and Excellence (CSE), Sustainability Reporting Standards in the U.S., <https://cse-net.org/sustainability-reporting-standards-us/>
- Nathan JACKSON, "Overview of ESG Standards Affecting US Companies," *ESG Reporting Hub*, 17 February 2024.
- Michael R. Littenberg, Marc Rotter, Samantha Elliott, Kelley R. Murphy et Peter Witschi, "The Omnibus is Beginning to Look More Like a Minivan – The PROTECT USA Act Seeks to Scale Back the Corporate Sustainability Due Diligence Directive for U.S. Companies", *Ropes & Gray Insights*, 14 mars 2025, <https://www.ropesgray.com/en/insights/viewpoints/102k4a7/the-omnibus-is-beginning-to-look-more-like-a-minivan-the-protect-usa-act-seeks>.
- Dieter Holger, *At Least 10,000 Foreign Companies to Be Hit by European Rules*, WALL ST. J. (Apr. 5, 2023),

<https://www.wsj.com/articles/at-least-10-000-foreign-companies-to-be-hit-by-eu-sustainability-rules-307a1406>.

- Rachel Chambers, David Birchall, « *How European Human Rights Law Will Reshape U.S. Business* », UC Law Business Journal, janvier 2024, [https://openresearch.lsbu.ac.uk/download/4acd5af001bafadc0efb920afb08608db6e4efdd7271dbd309a37ee2b35bf645/714528/How European Human Rights Law Will Reshape U.S. Business.pdf](https://openresearch.lsbu.ac.uk/download/4acd5af001bafadc0efb920afb08608db6e4efdd7271dbd309a37ee2b35bf645/714528/How%20European%20Human%20Rights%20Law%20Will%20Reshape%20U.S.%20Business.pdf))
- Leonardo Rocha e Silva and Miguel del Pino, « *Perspectives on International Antitrust, sustainability and antitrust* », American Bar Association, 2025
- Gasparini, Haanaes, Tedards, Tufano, « *When Climate Collaboration Is Treated as an Antitrust Violation* », Harvard Business Review, octobre 2022, <https://hbr.org/2022/10/when-climate-collaboration-is-treated-as-an-antitrust-violation>
- Truzaar Dordi, Sebastian A. Gehricke, Alain Naef, and Olaf Weber, « *Ten financial actors can accelerate a transition away from fossil fuels* », *Environmental Innovation and Societal Transitions*, septembre 2022, <https://doi.org/10.1016/j.eist.2022.05.006>
- Foley Lardner LLP, « *What Every Multinational Company Should Know About The Foreign Trade Antitrust Improvements Act* », 27 septembre 2023, <https://www.foley.com/insights/publications/2023/09/multinational-company-foreign-trade-antitrust-act/>

II - Textes officiels

- Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant la directive 2013/34/UE, relative au reporting de durabilité des entreprises
- Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité

et au devoir de vigilance applicables aux entreprises, 26 février 2025, COM(2025) 81 final.

- California, Senate Bill No. 253, Climate Corporate Data Accountability Act, Chapter 382, approved 7 October 2023, filed with Secretary of State 7 October 2023.
- California, Senate Bill No. 261, Greenhouse Gases: Climate-Related Financial Risk, Chapter 383, approved 7 October 2023, filed with Secretary of State 7 October 2023.
- Federal Trade Commission, « *Federal Trade Commission Act* », 15 USC CHAPTER 2, SUBCHAPTER I, <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act>

III – Décisions

- Cour d'appel des États-Unis (8e circuit), Iowa Attorney General et al. c. Securities and Exchange Commission, Petition for Review of Final Rule: The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors, 25 mars 2024
- Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933)
- Fashion Originators' Guild of America v. FTC, 312 U.S. 457 (1941)
- Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943)
- Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons, Inc., 340 U.S. 211 (1951)
- Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982)
- Truly Organic, FEDERAL TRADE COMMISSION, v. TRULY ORGANIC INC, Case No. 1:19cv23832
- Texas v. BlackRock, No. 6:24-cv-00437
- Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993)
- Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp
- US v. Aluminium Co. of America (Alcoa)
- Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F.2d 597, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Mar 3, 1977
- United States v. J. Schlitz Brewing Co. (1966)
- Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341, U.S. 593, 599 (1951)
- Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 1954
- Affaire Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp
- Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd, 2004

- Hilton v. Guyot 159 U.S. 113, 164 (1895)
- Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp., 595 F.2d 1287, 1297–98 (3d. Cir. 1979)
- Von's Grocery Company c. Shopping Bag Food Stores

IV - Rapports

- Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), Final Report: Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures, juin 2017, <https://www.fsb-tcfd.org>
- TCFD (Task-Force on Climate-related Financial Disclosure), Report for the Agence Française de Développement (AFD) Group, publié en octobre 2021, <https://www.fsb-tcfd.org>.
- OECD, Global Corporate Sustainability Report 2024, rapport, 14 mars 2024.
- KPMG, *KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2017*, October 2017, <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/10/kpmg-survey-of-corporate-responsibility-reporting-2017.pdf>.
- KPMG Survey of Sustainability Reporting 2022, KPMG International, September 2022, <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/se/pdf/komm/2022/Global-Survey-of-Sustainability-Reporting-2022.pdf>
- Columbia Center on Sustainable Investment, « *Antitrust and sustainability: a landscape analysis* », <https://ccsi.columbia.edu/sites/ccsi.columbia.edu/files/content/docs/Antitrust-Sustainability-Landscape-Analysis.pdf>
- Département of Justice, « *Preliminary Review of Allegations Concerning the Antitrust Division's Handling of the Automakers Investigation* », juillet 2024, <https://oig.justice.gov/sites/default/files/reports/24-079.pdf>
- International Chamber of Commerce, « *Competition POLICY AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY* », 26 novembre 2020, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/2020-comppolicyandenvironm-sustainnability.pdf>

V – Presse

- ESG Today, « SEC drops its defense of climate reporting rules », 26 avril 2025, <https://www.esgtoday.com/sec-drops-its-defense-of-climate-reporting-rules/>.
- Free Writings, « SEC Drops Climate Disclosure Defense », 3 mars 2025, <https://www.freewritings.law/2025/03/sec-drops-climate-disclosure-defense/>.
- Mitchell Ferman, “Texas bans local, state government entities from doing business with firms that ‘boycott’ fossil fuels”, *Texas Tribune*, 24 août 2022, <https://www.texastribune.org/2022/08/24/texas-boycott-companies-fossil-fuels/>
- Mark Brnovich, “ESG May Be an Antitrust Violation”, *Wall Street Journal*, 6 mars 2022, <https://www.wsj.com/articles/esg-may-be-an-antitrust-violation-climate-activism-energy-prices-401k-retirement-investment-political-agenda-coordinated-influence-11646594807>
- Crowell, « *Eleven States Sue Asset Managers Alleging ESG Conspiracy to Restrict Coal Production* », 12 septembre 2024, <https://www.crowell.com/en/insights/client-alerts/eleven-states-sue-asset-managers-alleging-esg-conspiracy-to-restrict-coal-production>
- Industry Dive, « *House Judiciary probes Climate Action 100+ members as ESG investigation continues* », 1 août 2024, <https://www.esgdive.com/news/house-judiciary-esg-probe-continues-letters-sent-130-climate-action-100-members/723066/>

VI - Communiqués de presse

- U.S. Securities and Exchange Commission, “SEC Adopts Final Climate Disclosure Rules,” communiqué de presse, 6 mars 2025, : <https://www.sec.gov/newsroom/press-releases/2025-58>
- U.S. Securities and Exchange Commission, “Statement on the Commission’s Adoption of Final Rules for Climate-Related Disclosures” (déclaration de Caroline A. Crenshaw), 27 mars 2025, <https://www.sec.gov/newsroom/speeches-statements/crenshaw-statement-climate-related-disclosures-032725>.
- GFANZ, « *GFANZ Launches Critical Resources for Financial Institutions to Convert Net-Zero Ambitions to Actions, Calls on G20 Governments to Close Climate Policy*

Gap », 1 novembre 2022,
<https://www.gfanzero.com/press/gfanz-launches-critical-resources-for-financial-institutions-to-convert-their-net-zero-ambition-into-action/>

- US Chamber of Commerce, « *Position on the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive* » (PDF position paper), <https://www.uschamber.com/assets/documents/CSDDD-Position-Paper-Executive-Summary.pdf>

VII - Sites Internet

- Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), <https://www.fsb-tcfd.org>.
- Global Reporting Initiative (GRI) Standards website, <https://www.globalreporting.org/standards/> WBCSD, « *Antitrust Compliance Policy* », <https://www.wbcsd.org/wp-content/uploads/2023/08/WBCSD-Antitrust-Policy.pdf>

VIII – Lettres et Comptes rendus

- United States House of Representatives, « Letter to Treasury and NEC on Climate-Related Financial Disclosures », 25 février 2025, https://financialservices.house.gov/uploadedfiles/csddd_letter_to_treasury-nec_draft_2.25.25_zg.pdf.
- United States Senate, “Letter from Senator Bill Hagerty regarding the PROTECT USA Act,” 19 March 2025, <https://www.hagerty.senate.gov/wp-content/uploads/2025/03/HLA25119.pdf>.
- Sénat français, Compte rendu analytique officiel du 29 avril 2025, "*Initiatives européennes en matière de simplification et d'allègement de la charge administrative pesant sur les entreprises*", https://www.senat.fr/cra/s20250429/s20250429_2.html.

TITRE 1: Introduction aux articulations entre les directives européennes (CSRD et CS3D) et le droit de la concurrence aux États-Unis.

Section 1: Présentation du guide

Section 2 : Qu’entendons nous par CSRD et CSDD ?

Section 3 : Quel est le lien entre les législations américaines antitrust et les réglementations européennes ?

1 Les principales lois antitrust

1.1 Le Sherman Acte (1890)

1.2 Le Clayton Acte (1914)

1.3 La loi sur la Commission fédérale du commerce (FTC Act)

2. Les modifications des lois antitrust

2.1 Foreign Trade Antitrust Improvements Act (1982)

2.2 Justification de l’exclusion du Robinson-Patman Act (RPA) de l’analyse comparative

Section 4 : Portée extraterritoriale du droit antitrust américain

TITRE 2 : CSRD et CS3D : entreprises américaines concernées et équivalents réglementaires aux États-Unis.

Section 1 : Quelles sont les entreprises américaines concernées par la CSRD et la CS3D ?

1. L'application de la CSRD aux entreprises américaines
 - 1.1. Du point de vue de la société mère américaine
 - 1.2. Du point de vue d'une filiale européenne
 - 1.3. Calendrier applicable aux entreprises américaines
2. L'application de la CSDDD aux entreprises américaines
 - 2.1. Champs d'application
 - 2.2. Calendrier applicable aux entreprises américaines
3. Conséquences économiques et pratiques pour les entreprises américaines
 - 3.1 Les conséquence de la CSRD aux entreprises américaines
 - 3.2 Conséquences de CSDD sur les entreprises américaines

Section 2 : Les obligations comparables dans les législations nationales en vigueur aux États-Unis

1. Transparence et reporting ESG aux États-Unis
 - 1.1. Les initiatives fédérales et locales
 - 1) SEC (Securities and Exchange Commission)
 - 2) Loi TSCA : California's Transparency in Supply Chains Act (2010)
 - 3) Loi SB 253
 - 4) Loi SB 261

1.2 Les cadres volontaires et les standards internationaux utilisés par les entreprises américaines.

- 1) Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD)
- 2) GRI (Global Reporting Initiative)
- 3) SASB (Sustainability Accounting Standards Board)
- 4) CDP (Carbon Disclosure Project) et GHG Protocol
- 5) Les principes directeurs de l'OCDE

2. Les exigences communes des directives européennes et des lois environnementales étasuniennes

2.1. Exigences communes des cadres européens et américains en matière de divulgation climatique et ESG

2.2. Les similitudes dans les modalités de mise en œuvre et de contrôle

2.3. Conséquences pour les entreprises américaines appliquant déjà ces standards

3. Devez-vous modifier vos pratiques si votre entreprise applique déjà les règles de transparence aux Etats-Unis ?

3.1. Les principaux apports des directives CSRD et CS3D par rapport aux réglementations américaines.

3.2. Recommandations pour se conformer au mieux aux exigences européennes

Titre 3. Les écarts de conformités entre le cadre réglementaire européen et américain

Section 1 : Comportement incompatible avec le droit antitrust américain

1. La collaboration entre concurrent : un risque de qualification de cartel
2. La collaboration entre concurrent : un risque d'accord sur la fixation de prix
3. La collaboration entre concurrent : un risque de qualification de boycott
4. La fixation collective de standards environnementaux risque de restriction de la concurrence

Section 2 : Tempéraments juridiques permettant d'atténuer les conflits

1. Application de la règle de raison « Rule of Reason »
2. Les actions et accords de certains États

Section 3. Solutions pratiques

1. Appliquer la CSDDD sans impliquer les dispositions du Sherman Act à travers l'exception du Foreign Trade Antitrust Improvements Act
2. Recours à des organes consultatifs
3. Consulter les directives des organes de contrôle

BIBLIOGRAPHIE :

I - ARTICLES

- C. BIRCHALL, R. CHAMBERS, « How European Human Rights Law Will Reshape U.S Business », *UC Law Business Journal*, 2024, janvier, [en ligne] : <https://openresearch.lsbu.ac.uk/download/4acd5af001bafadc0efb920afb08608db6e4efdd7271dbd309a37ee2b35bf645/714528/How%20European%20Human%20Rights%20Law%20Will%20Reshape%20U.S.%20Business.pdf>
- CENTER FOR SUSTAINABILITY AND EXCELLENCE (CSE), « Sustainability Reporting Standards in the U.S. », [site web], [en ligne] : <https://cse-net.org/sustainability-reporting-standards-us/>
- DELOITTE, « SEC Climate Disclosure Requirements: GHG Emissions Executive Summary », *DART – Heads Up*, 2024, 21 mars, [en ligne] : <https://dart.deloitte.com/USDART/home/publications/deloitte/heads-up/2024/sec-climate-disclosure-requirements-ghg-emissions-executive-summary>
- T. DORDI, S. A. GEHRICKE, A. NAEF, O. WEBER, « Ten Financial Actors Can Accelerate a Transition Away From Fossil Fuels », *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 2022, septembre, <https://doi.org/10.1016/j.eist.2022.05.006>
- FOLEY LARDNER LLP, « What Every Multinational Company Should Know About The Foreign Trade Antitrust Improvements Act », *Foley Insights*, 2023, 27 septembre, [en ligne] : <https://www.foley.com/insights/publications/2023/09/multinational-company-foreign-trade-antitrust-act/>
- M. GASPARINI, K. HAANAES, A. TEDARDS, P. TUFANO, « When Climate Collaboration Is Treated as an Antitrust Violation », *Harvard Business Review*, 2022, octobre, [en ligne] : <https://hbr.org/2022/10/when-climate-collaboration-is-treated-as-an-antitrust-violation>
- D. HOLGER, « At Least 10,000 Foreign Companies to Be Hit by European Rules », *The Wall Street Journal*, 2023, 5 avril, [en ligne] : <https://www.wsj.com/articles/at-least-10-000-foreign-companies-to-be-hit-by-eu-sustainability-rules-307a1406>

- N. JACKSON, « Overview of ESG Standards Affecting US Companies », *ESG Reporting Hub*, 2024, 17 février
- M. R. LITTENBERG, M. ROTTER, S. ELLIOTT, K. R. MURPHY, P. WITSCHI, « The Omnibus Is Beginning to Look More Like a Minivan – The PROTECT USA Act Seeks to Scale Back the Corporate Sustainability Due Diligence Directive for U.S. Companies », *Ropes & Gray Insights*, 2025, 14 mars, [en ligne] : <https://www.ropesgray.com/en/insights/viewpoints/102k4a7/the-omnibus-is-beginning-to-look-more-like-a-minivan-the-protect-usa-act-seeks>
- HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE, « Corporate Climate Disclosures and Practices: Risk, Emissions, and Targets », *Harvard Law School Forum*, 2025, 3 mai, [en ligne] : <https://corpgov.law.harvard.edu/2025/05/03/corporate-climate-disclosures-and-practices-risk-emissions-and-targets/>
- L. ROCHA E SILVA, M. DEL PINO, « Perspectives on International Antitrust, Sustainability and Antitrust », *American Bar Association*, 2025
- PROSKAUER, « Climate Reporting in 2025: Looking Ahead », *Proskauer Alerts*, 2025, 29 avril, [en ligne] : <https://www.proskauer.com/alert/climate-reporting-in-2025-looking-ahead>
- SIDLEY AUSTIN LLP, « SEC Ends Defense of Climate-Related Disclosure Rules », *Sidley News Updates*, 2025, 10 avril, [en ligne] : <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2025/04/sec-ends-defense-of-climate-related-disclosure-rules>
- M. TIREL, « RSE, ESG, compliance : éléments pour une distinction », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2023, n°2, pp. 22

II - TEXTES OFFICIELS

- Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant la directive 2013/34/UE, relative au reporting de durabilité des entreprises, *JOUE* L 322, 16 déc. 2022, p. 15.

- Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *JOUE* L 168, 14 juin 2024, p. 1.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité et au devoir de vigilance applicables aux entreprises, 26 février 2025, COM(2025) 81 final.
- California, Senate Bill No. 253, *Climate Corporate Data Accountability Act*, Chapter 382, approved 7 October 2023, filed with Secretary of State 7 October 2023.
- California, Senate Bill No. 261, *Greenhouse Gases: Climate-Related Financial Risk*, Chapter 383, approved 7 October 2023, filed with Secretary of State 7 October 2023.
- Federal Trade Commission, *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C. Chapter 2, Subchapter I, [en ligne] : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act>

III – DÉCISIONS

- Iowa et autres c. Securities and Exchange Commission, Cour d'appel des États-Unis (8^e circuit), 25 mars 2024, petition for review of final rule *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors* (en cours).
- Appalachian Coals, Inc. v. United States, Cour Suprême des États-Unis, 13 mars 1933, *U.S. Reports*, vol. 288, p. 344.
- Fashion Originators' Guild of America v. Federal Trade Commission, Cour Suprême des États-Unis, 1941, *U.S. Reports*, vol. 312, p. 457.
- Parker v. Brown, Cour Suprême des États-Unis, 1943, *U.S. Reports*, vol. 317, p. 341.
- Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons, Inc., Cour Suprême des États-Unis, 1951, *U.S. Reports*, vol. 340, p. 211.
- Arizona v. Maricopa County Medical Society, Cour Suprême des États-Unis, 1982, *U.S. Reports*, vol. 457, p. 332.
- Hartford Fire Insurance Co. v. California, Cour Suprême des États-Unis, 1993, *U.S. Reports*, vol. 509, p. 764.

- Timken Roller Bearing Co. v. United States, Cour Suprême des États-Unis, 1951, *U.S. Reports*, vol. 341, p. 593.
- Hilton v. Guyot, Cour Suprême des États-Unis, 15 mars 1895, *U.S. Reports*, vol. 159, p. 113 (juridiction étrangère, reconnaissance).
- Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, Cour d'appel (9^e circuit), 3 mars 1977, *F.2d*, vol. 549, p. 597.
- Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp., Cour d'appel (3^e circuit), 1979, *F.2d*, vol. 595, pp. 1287-1298.
- United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa), Cour d'appel (2^e circuit), 12 mars 1945, *F.2d*, vol. 148, p. 416 (affaire transférée à Cour suprême par loi spéciale de 1944 – *Alcoa II* : Cour Suprême, 1er juin 1964, *U.S. Reports*, vol. 377, p. 271)
- United States v. J. Schlitz Brewing Co., Cour Suprême des États-Unis, 7 novembre 1966, *U.S. Reports*, vol. 385, p. 37
- Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., Cour Suprême des États-Unis, 4 janvier 1954, *U.S. Reports*, vol. 346, p. 537
- Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., Cour Suprême des États-Unis, 20 mars 1984, *U.S. Reports*, vol. 465, p. 752.
- Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd., Cour Suprême des États-Unis, 2005, *U.S. Reports*, vol. 545, p. 194.
- Vons Grocery Co. v. Shopping Bag Food Stores, Cour Suprême des États-Unis, 31 mai 1966, *U.S. Reports*, vol. 384, p. 270 .

IV - RAPPORTS

- Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), *Final Report: Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, juin 2017, [en ligne] : <https://www.fsb-tcfd.org>
- Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), *Report for the Agence Française de Développement (AFD) Group*, octobre 2021, [en ligne] : <https://www.fsb-tcfd.org>

- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Global Corporate Sustainability Report 2024*, rapport, 14 mars 2024
- KPMG, *KPMG Survey of Corporate Responsibility Reporting 2017*, octobre 2017, [en ligne] : <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/10/kpmg-survey-of-corporate-responsibility-reporting-2017.pdf>
- KPMG International, *KPMG Survey of Sustainability Reporting 2022*, septembre 2022, [en ligne] : <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/se/pdf/komm/2022/Global-Survey-of-Sustainability-Reporting-2022.pdf>
- Columbia Center on Sustainable Investment, *Antitrust and Sustainability: A Landscape Analysis*, [en ligne] : <https://ccsi.columbia.edu/sites/ccsi.columbia.edu/files/content/docs/Antitrust-Sustainability-Landscape-Analysis.pdf>
- Department of Justice (U.S.), *Preliminary Review of Allegations Concerning the Antitrust Division's Handling of the Automakers Investigation*, juillet 2024, [en ligne] : <https://oig.justice.gov/sites/default/files/reports/24-079.pdf>
- International Chamber of Commerce, *Competition Policy and Environmental Sustainability*, 26 novembre 2020, [en ligne] : <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/2020-compolicyandenvironmsustainability.pdf>
- World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), *Antitrust Compliance Policy*, [en ligne] : <https://www.wbcsd.org/wp-content/uploads/2023/08/WBCSD-Antitrust-Policy.pdf>

V. PRESSE

- ESG Today, « SEC Drops Its Defense of Climate Reporting Rules », *ESG Today*, 26 avril 2025, [en ligne] : <https://www.esgtoday.com/sec-drops-its-defense-of-climate-reporting-rules/>
- Free Writings, « SEC Drops Climate Disclosure Defense », *Free Writings – Insights*, 3 mars 2025, [en ligne] : <https://www.freewritings.law/2025/03/sec-drops-climate-disclosure-defense/>

- M. FERMAN, « Texas Bans Local, State Government Entities from Doing Business with Firms That ‘Boycott’ Fossil Fuels », *The Texas Tribune*, 24 août 2022, [en ligne] : <https://www.texastribune.org/2022/08/24/texas-boycott-companies-fossil-fuels/>
- M. BRNOVICH, « ESG May Be an Antitrust Violation », *The Wall Street Journal*, 6 mars 2022, [en ligne] : <https://www.wsj.com/articles/esg-may-be-an-antitrust-violation-climate-activism-energy-prices-401k-retirement-investment-political-agenda-coordinated-influence-11646594807>
- Crowell, « Eleven States Sue Asset Managers Alleging ESG Conspiracy to Restrict Coal Production », *Crowell Client Alerts*, 12 septembre 2024, [en ligne] : <https://www.crowell.com/en/insights/client-alerts/eleven-states-sue-asset-managers-alleging-esg-conspiracy-to-restrict-coal-production>
- Industry Dive, « House Judiciary Probes Climate Action 100+ Members as ESG Investigation Continues », *ESG Dive – Industry Dive*, 1^{er} août 2024, [en ligne] : <https://www.esgdive.com/news/house-judiciary-esg-probe-continues-letters-sent-130-climate-action-100-members/723066/>

VI - COMMUNIQUÉS DE PRESSE

- U.S. Securities and Exchange Commission, *SEC Adopts Final Climate Disclosure Rules*, communiqué de presse, 6 mars 2025, [en ligne] : <https://www.sec.gov/newsroom/press-releases/2025-58>
- U.S. Securities and Exchange Commission, *Statement on the Commission’s Adoption of Final Rules for Climate-Related Disclosures* (déclaration de Caroline A. Crenshaw), 27 mars 2025, [en ligne] : <https://www.sec.gov/newsroom/speeches-statements/crenshaw-statement-climate-related-disclosures-032725>
- Glasgow Financial Alliance for Net Zero (GFANZ), *GFANZ Launches Critical Resources for Financial Institutions to Convert Net-Zero Ambitions to Actions, Calls on G20 Governments to Close Climate Policy Gap*, communiqué de presse, 1^{er} novembre 2022, [en ligne] : <https://www.gfanzero.com/press/gfanz-launches-critical-resources-for-financial-institutions-to-convert-their-net-zero-ambition-into-action/>

- U.S. Chamber of Commerce, *Position on the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, note de position (PDF), [en ligne] : <https://www.uschamber.com/assets/documents/CSDDD-Position-Paper-Executive-Summary.pdf>

VII - SITES INTERNET

- Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), *Site officiel*, [en ligne] : <https://www.fsb-tcfd.org>
- Global Reporting Initiative (GRI), *GRI Standards Website*, [en ligne] : <https://www.globalreporting.org/standards/>

VIII – LETTRES ET COMPTES RENDUS

- United States House of Representatives, *Letter to Treasury and NEC on Climate-Related Financial Disclosures*, lettre, 25 février 2025, [en ligne] : https://financialservices.house.gov/uploadedfiles/csddd_letter_to_treasury-nec_draft_2.25.25_zg.pdf
- United States Senate, *Letter from Senator Bill Hagerty Regarding the PROTECT USA Act*, lettre, 19 mars 2025, [en ligne] : <https://www.hagerty.senate.gov/wp-content/uploads/2025/03/HLA25119.pdf>
- Sénat français, *Initiatives européennes en matière de simplification et d'allègement de la charge administrative pesant sur les entreprises*, compte rendu analytique officiel, 29 avril 2025, [en ligne] : https://www.senat.fr/cra/s20250429/s20250429_2.html