

L'appréciation des pratiques anticoncurrentielles durant la pandémie de COVID-19

Commentaire sous Communication de la Commission « Cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de COVID-19 »
(2020/C 116 I/02)

Marianne FARES
Titulaire du M2 Juriste européen,
Étudiante du DU DESAPS,
Université Toulouse 1 Capitole

La pandémie de COVID-19 est, depuis plusieurs semaines, source de nombreux défis au sein de l'Union européenne, nécessitant des adaptations continues, auxquelles se retrouvent notamment confrontés tant les entreprises que les consommateurs.

C'est ce qui ressort des propos de Margrethe Vestager, vice-présidente exécutive en charge de la politique de concurrence, qui a illustré les enjeux liés à l'actuel contexte d'urgence sanitaire en rappelant, d'abord, la nécessité de *« veiller à ce que l'approvisionnement en médicaments hospitaliers critiques utilisés pour soigner les patients atteints du coronavirus soit suffisant »*, avant d'affirmer, à cette fin, que *« pour éviter le risque de pénuries de produits et de services essentiels et peu abondants en raison de la hausse sans précédent de la demande due à la pandémie, il faut que nos entreprises coopèrent, mais dans le respect des règles de concurrence européennes »*¹.

C'est en ce sens qu'a été adoptée, le 8 avril 2020, la communication de la Commission européenne instaurant un « cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de COVID-19 »², aux termes de laquelle la Commission fournit des orientations aux entreprises, en établissant notamment de nouveaux critères d'appréciation de ces coopérations au regard du droit européen de la concurrence.

Dans sa communication en date du 8 avril 2020, la Commission commence par dresser un panorama succinct de l'impact de la pandémie sur l'économie, avant d'évoquer le système d'auto-appréciation, en place depuis le Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil, en vertu duquel *« les entreprises ne peuvent plus notifier leurs accords à la Commission pour bénéficier d'une exemption individuelle des règles de l'article 101 du TFUE, mais ont la responsabilité d'évaluer elles-mêmes la légalité de leurs accords et pratiques »*.

¹ [Commission européenne – Communiqué de presse \(8 avril 2020\) – Pratiques anticoncurrentielles: la Commission donne des orientations sur les modalités d'autorisation de coopérations limitées entre entreprises, en particulier pour les médicaments hospitaliers critiques durant la pandémie de coronavirus.](#)

² [Communication de la Commission: Cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de COVID-19.](#)

Il convient de rappeler, à ce titre, que l'article 101, paragraphe 1, TFUE prévoit que « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* », et cite, entre autres, ceux qui consistent en la limitation ou le contrôle de la production, ou encore en la répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement.

À cet égard, la Commission distingue deux types de coopérations, dont l'une consistant en une « *réorganisation de la production* » que la Commission qualifie de problématique « *en temps normal* », mais qui fait l'objet d'un assouplissement en raison des circonstances particulières générées par la pandémie actuelle.

Les premières coopérations auxquelles la Commission fait référence consistent à confier, entre autres, à une association professionnelle ou à un organisme public, des tâches telles que – parmi les cinq exemples cités par la Commission – « *contribuer au recensement des médicaments essentiels pour lesquels les prévisions de productions laissent apparaître un risque de pénurie ; agréger des informations relatives à la production et aux capacités, sans échange d'informations concernant une entreprise particulière* », ou encore, « *élaborer un modèle permettant de prévoir la demande au niveau d'un État membre et de recenser les déficits d'approvisionnement* ».

Ces coopérations « *ne posent pas de problème de concurrence* », mais à la condition « *qu'elles soient assorties de garanties suffisantes (telles que la non-communication d'informations sur une entreprise particulière à ses concurrents)* ».

Ce sont les secondes coopérations auxquelles fait référence la Commission qui semblent soulever certaines interrogations au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, et qui consistent, par exemple, à « *coordonner la réorganisation de la production afin d'accroître ou d'optimiser cette dernière de sorte que toutes les entreprises ne concentrent pas leur activité sur un ou quelques médicaments tandis que d'autres médicaments restent en état de sous-production* ».

En effet, ces coopérations sont, quant à elles, susceptibles de poser problème, dans la mesure où elles « *peuvent nécessiter des échanges d'informations commerciales sensibles* ». C'est ce qui ressort des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale³, qui disposent que « *les accords de coopération horizontale peuvent limiter le jeu de la concurrence de plusieurs manières* »⁴, notamment lorsqu'ils sont de nature à « *entraîner la révélation d'informations stratégiques et accroître ainsi la probabilité d'une coordination entre les parties à l'intérieur ou à l'extérieur du domaine de la coopération* »⁵.

La Commission précise, à cet égard, qu'« *en temps normal, ce type d'échanges ou de coordination entre entreprises pose problème au regard des règles de concurrence de l'UE* ».

³ [Commission européenne – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale](#).

⁴ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale – Point 33.

⁵ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale – Point 35.

Toutefois, la Commission poursuit en mettant l'accent sur le fait que « *dans les circonstances exceptionnelles actuelles [...] de telles mesures ne seraient pas problématiques au regard du droit de la concurrence de l'Union ou – compte tenu de l'urgence de la situation et du caractère temporaire des mesures – ne constitueraient pas une priorité pour la Commission dans le cadre de sa politique de contrôle de l'application des règles* ». Néanmoins, la Commission subordonne cette affirmation au respect de trois critères. En effet, les mesures visées doivent, d'abord, être « **conçues de manière à accroître réellement la production de la manière la plus efficiente possible afin de faire cesser ou d'éviter une pénurie d'approvisionnement en produits ou services essentiels**⁶ [...] et soient objectivement nécessaires à cette fin ». Ensuite, les mesures doivent être « **de nature temporaires** »⁷. Enfin, les mesures se doivent de respecter une condition de proportionnalité, à savoir qu'elles **ne doivent pas excéder « ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif visant à faire cesser ou à éviter une pénurie d'approvisionnement »**. Par ailleurs, les entreprises sont également tenues de se conformer à une condition de transparence, en documentant tous les échanges entre elles et en les mettant à disposition de la Commission à sa demande.

Il convient de noter que la Commission prend en considération, dans l'appréciation de telles coopérations, l'implication d'un pouvoir public comme « *facteur pertinent* » dans la détermination de la compatibilité de la coopération avec le droit de la concurrence, ce qui est le cas des coopérations destinées à répondre à la crise générée par le COVID-19.

C'est en effet la conclusion établie par la Commission à l'égard de telles coopérations, qu'elle considère comme étant autorisées « *dans le contexte des demandes impératives que les pouvoirs publics adressent à des entreprises pour leur enjoindre de coopérer temporairement en vue de gérer des situations d'urgence liées à la pandémie de COVID-19 actuelle* ».

En outre, la Commission énonce que les « *orientations concernant les initiatives de coopération spécifiques revêtant une dimension européenne* » pourront être fournies « *au moyen d'une lettre administrative de 'compatibilité'* » dans le cas où la Commission le jugera opportun et à titre exceptionnel, dans une optique visant à renforcer la sécurité juridique.

À titre d'exemple, il est possible de citer la lettre administrative de compatibilité fournie par la Commission européenne à l'association *Medicines for Europe* le 8 avril 2020, au sujet de laquelle le Directeur général de cette dernière, Adrian van den Hoven, s'est exprimé en ces termes : « *Nous remercions la Commission d'avoir délivré une lettre administrative de compatibilité et nous respecterons pleinement les orientations qu'elle requiert* »⁸.

Il convient toutefois de relever que les assouplissements mis en place par la Commission ne signifient pas pour autant que cette dernière renoncera à prendre les mesures nécessaires dans le cas où des entreprises tenteraient de tirer illégitimement profit de la crise sanitaire liée au COVID-19.

⁶ Les produits et services essentiels visés par la Commission sont, notamment, « *ceux utilisés pour le traitement des patients atteints de la COVID-19* ».

⁷ La Commission précise à cet égard que les mesures doivent s'appliquer « *uniquement tant qu'il existe un risque de pénurie ou, en tout état de cause, pendant la pandémie de COVID-19* ».

⁸ Traduction non-officielle : « *We thank the Commission for issuing a comfort letter and will fully comply with the guidance it requires* » - [Medicines for Europe, Press release \(8 April 2020\) : Medicines for Europe welcomes European Commission decision to enable secure supply of hospital medicines.](#)

En effet, la Commission précise qu'« *elle continuera [...] à suivre étroitement et activement les évolutions pertinentes du marché afin de recenser les cas d'entreprises qui tirent profit de la situation actuelle pour enfreindre les règles de concurrence de l'Union, que ce soit en prenant part à des accords anticoncurrentiels ou en abusant de leur position dominante* », insistant sur le fait qu'elle « *ne tolérera pas les pratiques des entreprises qui cherchent de manière opportuniste à exploiter la crise comme un paravent dissimulant une entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante* ». Par ailleurs, dans la mesure où un abus de position dominante ne se caractérise pas tant par la seule position dominante, qui n'est pas en elle-même anticoncurrentielle, mais par l'abus qui en est fait, afin d'écarter la concurrence, la Commission européenne souligne que l'abus qui sera fait d'une « *position dominante conférée par les circonstances particulières de la crise actuelle* » sera également sanctionné.

Le Réseau européen de la concurrence rejoint la Commission européenne, en précisant qu'il « *n'hésitera pas à prendre des mesures à l'encontre des entreprises qui profitent de la situation actuelle* »⁹.

Enfin, la Commission se laisse la possibilité de « *réviser la communication en fonction de l'évolution de la pandémie de COVID-19* », invitant ainsi à rester attentif aux éventuels changements pouvant intervenir dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles.

⁹ Traduction non-officielle : « *The ECN will therefore not hesitate to take action against companies taking advantage of the current situation [...]* » - [ECN – Antitrust: Joint statement by the European Competition Network \(ECN\) on application of competition law during the Corona crisis](#).