

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)

1. La pandémie de COVID-19, son incidence sur l'économie et ses implications possibles sur l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles

- (1) La pandémie de COVID-19 constitue une urgence de santé publique grave pour les citoyens et les sociétés. Elle représente également un choc majeur et sans précédent pour l'économie mondiale et celle de l'Union.
- (2) Ce choc s'étend à l'ensemble de l'économie, par différents canaux et de diverses manières. La perturbation des chaînes d'approvisionnement provoque un choc général sur l'offre. Celui-ci s'accompagne d'un choc asymétrique sur la demande, qui découle soit d'une baisse brutale de la demande des consommateurs pour certains produits et services, soit d'une forte hausse de la demande d'autres produits et services, et notamment ceux du secteur de la santé (sont ainsi concernés, par exemple, les entreprises pharmaceutiques, les fabricants d'équipements médicaux et leurs distributeurs). À ce stade, il existe aussi des incertitudes quant à la durée et à l'intensité du choc, en raison principalement d'éléments échappant, pour certains d'entre eux, au contrôle des entreprises et tenant plutôt aux décisions prises par les pouvoirs publics sur la base, notamment, de considérations liées à la santé publique.
- (3) Les entreprises se trouvent par conséquent face à des défis exceptionnels dus à la crise de la COVID-19. Elles peuvent jouer un rôle crucial pour remédier aux répercussions de celle-ci. Dans les circonstances exceptionnelles que nous connaissons actuellement, et compte tenu des difficultés qui en découlent, il peut s'avérer nécessaire pour les entreprises de coopérer les unes avec les autres afin de surmonter ou, à tout le moins, d'atténuer les effets de la crise, dans l'intérêt des citoyens. Vu le caractère multiforme et asymétrique de la crise, les entreprises peuvent rencontrer des difficultés variées et, de ce fait, devoir recourir à différentes formes de coopération.
- (4) La présente communication porte sur les formes de coopération pouvant être mises en place par les entreprises pour garantir la fourniture et la distribution en suffisance de produits et de services essentiels dont la disponibilité est limitée pendant la pandémie de COVID-19 et, de la sorte, remédier à la pénurie de ces produits et services essentiels résultant, d'abord et avant tout, de la croissance rapide et exponentielle de la demande ⁽¹⁾. Il s'agit notamment des médicaments et des équipements médicaux ⁽²⁾ qui sont utilisés pour effectuer des tests et pour soigner les patients atteints de la COVID-19, ou qui sont nécessaires pour atténuer, voire vaincre la pandémie. Une telle coopération pourrait être mise en place entre des entreprises du secteur concerné pour remédier à cette pénurie, ainsi qu'entre des entreprises de secteurs différents (comme, par exemple, certaines entreprises convertissant une partie de leurs lignes de production pour commencer à fabriquer des produits dont la disponibilité est limitée). En fonction de l'évolution de la crise, la Commission pourrait modifier ou compléter la présente communication afin de couvrir d'autres formes de coopération.
- (5) L'objet de la présente communication est d'expliquer:
 - a. les principaux critères sur lesquels la Commission s'appuiera pour évaluer les projets de coopération éventuels visant à remédier à la pénurie de produits et services essentiels durant la pandémie de COVID-19 et pour définir ses propres priorités en matière de contrôle de l'application du droit de la concurrence pendant cette crise; et
 - b. la procédure temporaire mise en place à titre exceptionnel par la Commission afin de fournir, le cas échéant, des lettres administratives de compatibilité ad hoc pour des projets de coopération spécifiques et bien définis dans ce contexte.

⁽¹⁾ Parmi les autres éléments aggravant les pénuries, on peut citer le stockage massif opéré à titre de précaution tout au long de la chaîne de distribution, la mise à l'arrêt des installations de production en raison de mesures de quarantaine ou de confinement, les problèmes logistiques résultant de la fermeture de frontières, les interdictions d'exportation et le confinement imposé dans des pays tiers fournisseurs de l'UE.

⁽²⁾ Sauf indication contraire, toute référence faite à des médicaments dans la présente communication s'étend aux équipements médicaux.

2. Principaux critères d'appréciation des pratiques anticoncurrentielles liées aux coopérations envisagées par les entreprises pour remédier à la pénurie de produits et de services essentiels durant la pandémie de COVID-19

- (6) Depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003 ⁽³⁾ du Conseil, 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. Ce système d'auto-appréciation, encadré par les orientations détaillées ⁽⁴⁾ de la Commission, est à présent bien établi.
- (7) La Commission estime que la coopération entre entreprises pourrait permettre de remédier de façon plus efficace à la pénurie de produits et de services essentiels durant la pandémie de COVID-19 et que les entreprises pourraient avoir besoin, dans ce contexte, d'orientations spécifiques pour pouvoir procéder plus aisément à une auto-appréciation de leurs initiatives de coopération. Il pourrait même être utile, sur une base ad hoc, de fournir aux entreprises un retour d'information ou de leur donner des assurances sur la légalité d'initiatives de coopération spécifiques. La Commission est par conséquent disposée à fournir de telles orientations et assurances aux entreprises ou associations d'entreprises afin de faciliter les initiatives qui doivent être mises en œuvre sans tarder pour lutter efficacement contre la pandémie de COVID-19, notamment lorsqu'il peut subsister des incertitudes quant à la compatibilité de telles initiatives avec le droit de la concurrence de l'UE ⁽⁵⁾. À cette fin, la direction générale de la concurrence de la Commission a déjà créé une page web (<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>) et une boîte mail (COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu) spécifiques pouvant être utilisées pour obtenir des orientations informelles sur des initiatives spécifiques.
- (8) De nombreux États membres de l'UE ont déclaré être déjà confrontés à des pénuries de médicaments utilisés pour soigner les patients atteints de la COVID-19, ou s'attendre à de telles pénuries dans un avenir très proche ⁽⁶⁾. Ces dernières semaines, la Commission a reçu plusieurs demandes de précisions de la part d'entreprises et d'associations professionnelles concernant des projets de coopération, notamment dans le secteur de la santé, et dans la perspective du risque de pénurie de médicaments hospitaliers critiques pour traiter les patients atteints de la COVID-19.
- (9) Ces demandes illustrent bien les types de coopération qui pourraient être nécessaires pour faire face à des situations d'urgence liées à la pandémie actuelle de COVID-19 et pour procéder à leur appréciation au regard de l'article 101 du TFUE, conformément aux indications fournies ci-après.
- (10) Diverses mesures peuvent contribuer à combler l'écart entre la demande et l'offre. Cela pourrait nécessiter une augmentation considérable et rapide du volume de fabrication de produits qui sont nécessaires, mais pour lesquels il existe une pénurie, ce qui pourrait entraîner une réduction du volume de fabrication d'autres produits. Cela pourrait également nécessiter la réaffectation de stocks, ce qui exigerait que des entreprises s'accordent pour échanger/communiquer des informations relatives aux ventes et aux stocks. Afin d'accroître la production, il pourrait être nécessaire que des entreprises convertissent leurs lignes de production de médicaments (ou autres produits) non

⁽³⁾ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

⁽⁴⁾ La Commission a publié plusieurs ensembles de lignes directrices pouvant aider les entreprises à apprécier la compatibilité de leurs accords avec le droit de la concurrence de l'UE [voir, notamment, la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97) (les «lignes directrices concernant l'article 101, paragraphe 3»), ainsi que la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale» (JO C 11 du 14.1.2011, p. 1) (les «lignes directrices sur les accords de coopération horizontale») et la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales» (JO C 130 du 19.5.2010, p. 1) (les «lignes directrices sur les restrictions verticales»)]. Voir également le règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (JO L 335 du 18.12.2010, p. 36) (le «règlement d'exemption par catégorie "R&D"»), le règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories de spécialisation (JO L 335 du 18.12.2010, p. 43) (le «règlement d'exemption par catégorie "spécialisation"»), le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 93 du 28.3.2014, p. 17) (le «règlement d'exemption par catégorie "accords de transfert de technologie"»), ainsi que le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 102 du 23.4.2010, p. 1) (le «règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux»).

⁽⁵⁾ Voir également la déclaration conjointe sur l'application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles durant la crise de la COVID-19, formulée conjointement par la Commission européenne, l'Autorité de surveillance AELE et les autorités nationales de concurrence formant ensemble le réseau européen de la concurrence (https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf).

⁽⁶⁾ Voir également les orientations de la Commission pour un approvisionnement optimal et rationnel en médicaments afin d'éviter toute pénurie au cours de la pandémie de COVID-19, adoptées le 8 avril 2020.

essentiels/non concernés par une pénurie afin de produire des médicaments (ou autres produits) nécessaires pour faire face à la pandémie. En outre, la production pourrait être accrue dans des proportions plus importantes et de manière plus efficiente si un seul médicament était produit sur un site donné au lieu de convertir des lignes de production, ce qui suppose notamment une opération chronophage de nettoyage des machines, un équilibre devant être trouvé entre les économies d'échelle et la nécessité d'éviter de dépendre de manière excessive d'un site de production particulier.

- (11) Aussi la réaction face aux situations d'urgence liées à la pandémie de COVID-19 pourrait-elle nécessiter divers degrés de coopération, avec des problèmes de concurrence potentiels dont l'ampleur serait variable.
- (12) Se fondant sur son expérience récente, la Commission estime que la coopération dans le secteur des soins de santé pourrait ainsi se limiter à confier à une association professionnelle (ou à un conseiller indépendant, à un prestataire de services indépendant ou à un organisme public) des tâches consistant par exemple à:
- coordonner le transport conjoint d'intrants;
 - contribuer au recensement des médicaments essentiels pour lesquels les prévisions de production laissent apparaître un risque de pénurie;
 - agrèger des informations relatives à la production et aux capacités, sans échange d'informations concernant une entreprise particulière;
 - élaborer un modèle permettant de prévoir la demande au niveau d'un État membre et recenser les déficits d'approvisionnement;
 - partager des informations agrégées concernant les déficits d'approvisionnement et demander aux entreprises participantes de lui indiquer, sur une base individuelle et sans que ces informations ne soient partagées avec des concurrents, si elles sont en mesure de combler le déficit d'approvisionnement pour répondre à la demande (soit au moyen de stocks existants, soit par une augmentation de la production).
- (13) De telles activités ne posent pas de problème de concurrence pour autant qu'elles soient assorties de garanties suffisantes (telles que la non-communication d'informations sur une entreprise particulière à ses concurrents), comme indiqué dans les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale ⁽⁷⁾.
- (14) Il se pourrait même que la coopération dans le secteur de la santé doive être plus étendue, afin de remédier à des pénuries critiques d'approvisionnement. Il s'agirait, par exemple, de 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, dès lors qu'une telle réorganisation permettrait aux producteurs de satisfaire la demande en médicaments requis d'urgence dans les différents États membres.
- (15) Les mesures visant à adapter la production, la gestion des stocks et, éventuellement, la distribution au sein du secteur peuvent nécessiter des échanges d'informations commercialement sensibles et une certaine coordination afin d'établir quel site produira quels médicaments, de sorte que toutes les entreprises ne concentrent pas leur activité sur un ou quelques médicaments tandis que d'autres restent en situation de sous-production. En temps normal, ce type d'échanges ou de coordination entre entreprises pose problème au regard des règles de concurrence de l'UE. Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, néanmoins, 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, pour autant que lesdites mesures: i) soient 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, tels que ceux utilisés pour le traitement des patients atteints de la COVID-19, et soient objectivement nécessaires à cette fin; ii) soient de nature temporaire (à savoir qu'elles s'appliquent uniquement tant qu'il existe un risque de pénurie ou, en tout état de cause, pendant la pandémie de COVID-19); et iii) n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif visant à faire cesser ou à éviter une pénurie d'approvisionnement. Les entreprises devraient documenter tous les échanges et les accords conclus entre elles, et mettre ceux-ci à la disposition de la Commission si elle en fait la demande. Le fait qu'une coopération est encouragée et/ou coordonnée par un pouvoir public (ou menée dans un cadre établi par ce dernier) constitue également un facteur pertinent à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'établir qu'une telle coopération ne poserait pas de problème au regard du droit de la concurrence de l'Union ou qu'elle ne constituerait pas une priorité pour la Commission dans le cadre de sa politique en matière de contrôle de l'application des règles.

⁽⁷⁾ Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (JO C 11 du 14.1.2011, p. 1).

- (16) Une telle coopération est autorisée 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 (par exemple, organiser la production et l'approvisionnement afin de répondre à une nécessité urgente de préserver le bon fonctionnement des soins de santé prodigués aux patients atteints de la COVID-19).

3. Une procédure exceptionnelle pour fournir des orientations ad hoc concernant des projets de coopération spécifiques visant à remédier à la pénurie de produits et de services essentiels pendant la pandémie de COVID-19

- (17) La Commission, par l'intermédiaire de sa direction générale de la concurrence, continuera à fournir aux entreprises et aux associations professionnelles des orientations concernant les initiatives de coopération spécifiques revêtant une dimension européenne, qui doivent être mises en œuvre rapidement aux fins d'une lutte efficace contre la pandémie de COVID-19, en particulier lorsqu'il subsiste une incertitude quant à la compatibilité de telles initiatives avec le droit de la concurrence de l'Union.
- (18) Afin d'accroître le degré de sécurité juridique entourant les orientations en matière de pratiques anticoncurrentielles dans un délai compatible avec l'urgence de certaines situations liées à la pandémie actuelle de COVID-19, la Commission, par l'intermédiaire de sa direction générale de la concurrence, se tient prête, à titre exceptionnel et si elle le juge opportun, à fournir ces orientations au moyen d'une lettre administrative de «compatibilité» spécialement prévue à cet effet.

4. Conclusion

- (19) La Commission mesure les difficultés exceptionnelles auxquelles les entreprises sont confrontées du fait de la pandémie de COVID-19 et le rôle essentiel qu'elles ont à jouer dans les efforts visant à surmonter les effets d'une telle crise. La Commission encourage une coopération favorable à la concurrence qui vise à faire face à ces difficultés, et notamment aux situations d'urgence liées à l'actuelle pandémie de COVID-19; elle est déterminée à fournir des orientations et un soutien en matière de pratiques anticoncurrentielles afin de faciliter la mise en œuvre adéquate et rapide des mesures de coopération requises pour surmonter la crise, dans l'intérêt des citoyens.
- (20) La Commission souligne parallèlement que, dans ces circonstances exceptionnelles, il est plus important que jamais que les entreprises et les consommateurs bénéficient de la protection que leur garantit le droit de la concurrence. Elle continuera par conséquent 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. Plus spécifiquement, la Commission 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 (y compris une position dominante conférée par les circonstances particulières de la crise actuelle), par exemple en exploitant des clients et des consommateurs (notamment en leur facturant des prix supérieurs aux niveaux concurrentiels normaux) ou en limitant la production au détriment des consommateurs (par exemple, en faisant obstacle à des initiatives d'accroissement de la production visant à remédier à des pénuries d'approvisionnement). La Commission encourage donc les entreprises et les citoyens à continuer de dénoncer, en utilisant les outils habituels qui sont à leur disposition ⁽⁸⁾, les ententes et autres infractions aux règles de concurrence, y compris les abus de position dominante, qui pourraient être portées à leur connaissance.
- (21) La Commission appliquera la présente communication à partir du 8 avril 2020, compte tenu des répercussions de la pandémie de COVID-19, qui exigent une action immédiate. La Commission pourrait réviser la communication en fonction de l'évolution de la pandémie de COVID-19. La communication restera applicable jusqu'à son retrait par la Commission (dès qu'elle considérera que les circonstances exceptionnelles qui la justifient n'existent plus).

⁽⁸⁾ Outre les canaux qu'ils utilisent habituellement pour entrer en contact avec la Commission ou soumettre une plainte pour infraction aux règles de concurrence (https://ec.europa.eu/competition/contacts/electronic_documents_en.html), les citoyens peuvent contribuer de manière anonyme à la lutte contre les ententes et autres pratiques anticoncurrentielles en utilisant l'outil de lancement d'alertes de la Commission (<https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>). Le programme de clémence de la Commission, qui permet aux entreprises de signaler leur propre participation à une entente en échange d'une réduction de l'amende qui leur sera infligée, reste aussi pleinement applicable au cours de cette période exceptionnelle (<https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>).