

# ARTICLE

## LA COMMISSION EUROPÉENNE SOUTIEN LA LUTTE CONTRE LA PÉNURIE DANS LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE

ANNULE - Concurrence, régulation européenne et FDI Contrats commerciaux et internationaux | 10/04/20

### SCIENCES DE LA VIE & SANTÉ

Le 23 mars 2020, les autorités de concurrence membres du Réseau Européen de Concurrence, dont la Commission européenne (ci-après la « Commission »), avaient souligné que les circonstances actuelles n'étaient pas une excuse pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, notamment par des collaborations restrictives de concurrence.

Consciente du besoin d'information et de guide des entreprises, la Commission a mis en ligne, le 30 mars 2020, un site internet destiné à aider les entreprises qui souhaitent collaborer licitement[1]

Elle a également créé une adresse électronique dédiée[2] afin de recueillir les demandes de conseils informels sur des initiatives spécifiques.

Le 8 avril 2020, elle a franchi une étape supplémentaire par la publication d'une communication sur la mise en place d'un cadre temporaire pour l'appréciation des questions d'ententes et d'abus de position dominantes liées à la coopération entre entreprises en réponse à la crise d'urgence sanitaire que représente le Covid-19[3] (ci-après la « Communication »).

Depuis l'entrée en vigueur du Règlement (CE) 1/2003, les entreprises doivent procéder à une auto-évaluation de leurs accords afin de s'assurer qu'ils ne portent pas atteinte à la concurrence.

Cela étant, dans cette période inédite, la Commission a compris que les entreprises avaient besoin d'orientations spécifiques sur leurs initiatives de coopération.

Margrethe Vestager a indiqué que la Commission devait « veiller à ce que l'approvisionnement en médicaments hospitaliers critiques utilisés pour soigner les patients atteints du coronavirus soit suffisant ».

Elle a souligné que « [p]our 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 ».

C'est pourquoi la Communication « précise dans quelles situations et selon quelles modalités les entreprises peuvent obtenir des orientations ou des assurances écrites dans le respect de nos règles de concurrence ».

La Communication envisage les différentes formes de coopération qui pourraient intervenir entre les entreprises qui essayent d'assurer la fourniture et la distribution adéquate de produits et services essentiels pendant l'épidémie de Covid-19 afin de remédier aux pénuries de ces produits et services.

Ces accords pourront, à ce stade, concerner notamment les entreprises qui produisent des médicaments et dispositifs médicaux nécessaires à lutter contre le Covid-19 mais également des entreprises actives dans d'autres secteurs (comme celles qui transforment leurs lignes de production pour la production de produits nécessaires).

La Communication a pour objet d'expliquer :

- les principaux critères que la Commission va suivre pour l'évaluation des projets de coopération, et ses priorités en matière d'application de la législation pendant cette crise (1) ;
- un processus temporaire que la Commission a mis en place à titre exceptionnel pour fournir, le cas échéant, une confirmation écrite *ad hoc* aux entreprises sur des projets de coopération spécifiques et bien définis (2).

#### 1) LES PRINCIPAUX CRITÈRES D'ÉVALUATION DES PROJETS DE COOPÉRATION

Différentes mesures peuvent contribuer à combler l'écart entre la demande et l'offre : augmentation très importante et rapide de la production de produits nécessaires et en pénurie, une réduction de la production d'autres produits, réaffectation des stocks ou encore changement de lignes de production de certains médicaments (ou autres produits) non essentiels/non en pénurie pour des médicaments (ou autres produits) nécessaires pour faire face à l'épidémie. En outre, la production pourrait être augmentée davantage et plus efficacement si, sur un certain site, un seul médicament était produit.





Sur la base de son expérience récente, la Commission comprend que la coopération pourrait, dans le secteur de la santé, correspondre au fait de confier par exemple à une association professionnelle (ou à un conseiller indépendant, ou à un prestataire de services indépendant, ou à un organisme public) la mission de :

- coordonner le transport conjoint pour les intrants ;
- identifier les médicaments essentiels pour lesquels il existe des risques de pénurie ;
- regrouper les informations de production et de capacité, sans échanger d'informations sur les entreprises individuelles ;
- travailler sur un modèle pour prévoir la demande au niveau d'un État membre et identifier les lacunes d'approvisionnement ;
- partager des informations globales sur l'écart d'approvisionnement et demander aux entreprises participantes, sur une base individuelle et sans partager ces informations avec leurs concurrents, d'indiquer si elles peuvent combler l'écart d'approvisionnement pour répondre à la demande (soit par le biais des stocks existants, soit par une augmentation de la production).

Selon la Commission, ces activités ne soulèvent a priori pas d'objections, sous réserve de la stricte application de garanties suffisantes (telles que l'absence de retour d'informations individualisées sur les entreprises aux concurrents) [4].

Par ailleurs, les mesures qui visent à adapter la production, la gestion des stocks et, éventuellement, la distribution dans l'industrie peuvent conduire à des échanges d'informations commercialement sensibles et une répartition de marché. Ces échanges et cette coordination entre entreprises sont habituellement problématiques au regard des règles de concurrence. Cela étant, dans les circonstances exceptionnelles actuelles, de telles mesures pourraient être tolérées dès lors que ces mesures seraient :

- conçues et objectivement nécessaires pour accroître effectivement la production de la manière la plus efficace possible afin de faire face à une pénurie d'approvisionnement en produits ou services essentiels, tels que ceux qui sont utilisés pour traiter les patients atteints de Covid-19 ;
- de nature temporaire (c'est-à-dire à appliquer uniquement tant qu'il existe un risque de pénurie ou en tout cas pendant l'épidémie de Covid-19) ; et
- strictement nécessaires pour atteindre l'objectif de faire face à la pénurie d'approvisionnement ou de l'éviter.

La Commission indique également qu'une coopération soutenue, voire coordonnée, par une autorité publique est également de nature à être regardée favorablement.

En toute hypothèse, les entreprises doivent conserver tous les éléments utiles pour démontrer les échanges et accords conclus entre elles et les mettre à disposition de la Commission sur demande. En d'autres termes, des enquêtes sont probables.

## **2) UNE PROCÉDURE EXCEPTIONNELLE POUR FOURNIR DES ORIENTATIONS *AD HOC* SUR DES PROJETS DE COOPÉRATION SPÉCIFIQUES**

La Communication n'est pas le seul outil déployé par la Commission.

Elle réinstaura une procédure de validation *ex ante* pour certaines coopérations spécifiques, procédure qui débouchera sur des lettres administratives de compatibilité[5].

Elle entend ainsi procurer des orientations spécifiques et directes aux entreprises afin que des mesures adéquates soient mises en œuvre le plus rapidement possible pour lutter contre le Covid-19, dans le respect du droit de la concurrence.

Les entreprises peuvent en particulier s'adresser à la Commission lorsqu'il subsiste une incertitude quant à la compatibilité de leurs initiatives avec le droit de la concurrence.

Cette procédure a été mise en œuvre immédiatement : le 8 avril 2020, la Commission a délivré sa première lettre administrative de comptabilité.

Cette lettre, adressée à « Medicines for Europe » (association de génériqueurs) porte sur un projet de coopération volontaire entre producteurs pharmaceutiques qui cible le risque de pénurie de médicaments hospitaliers critiques pour le traitement des patients atteints du Covid-19. Les génériqueurs produisent la majeure partie des médicaments qui sont actuellement nécessaires et la production de volumes très importants est nécessaire afin d'éviter les pénuries

Medicines for Europe a esquissé un projet pour développer une liste de produits nécessaires dans les unités de soins intensifs et pour identifier les risques de pénurie. Cette démarche a été effectuée en coordination avec l'Agence européenne des médicaments et la DG Santé.



Selon les informations publiquement disponibles, aux termes de l'exemption accordée en deux jours par la Commission, les entreprises seraient autorisées à partager des ingrédients pharmaceutiques actifs (« API ») ainsi que des « intermédiaires », qui sont des versions semi-finies de médicaments.

Les entreprises peuvent également avoir besoin de communiquer pour décider si elles doivent transférer la production d'un médicament d'un site à un autre afin d'augmenter la capacité de production. La distribution peut également être coordonnée sur une base continue.

Cela étant, la lettre adressée à Medicines for Europe n'est pas un blanc-seing. Seules les informations indispensables doivent être échangées (toute discussion sur les prix ou d'autres sujets non indispensables est susceptible de donner lieu à une enquête de la Commission), le projet doit être ouvert à toutes les entreprises qui souhaitent y participer et toutes les réunions doivent faire l'objet d'un compte-rendu. Cette coopération ne doit durer que pendant la pandémie et la Commission indiquera à Medicines for Europe lorsqu'elle devra y mettre fin.

[1] <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1468-covid-19-lautorite-de-la-concurrence-a-larret-la-commission-europeenne-poursuit-ses-travaux-pour-linstant>

[2] [COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu](mailto:COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu)

[3] [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework\\_communication\\_antitrust\\_issues\\_related\\_to\\_cooperation\\_between\\_competitors\\_in\\_covid-19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf)

[4] Voir à cet égard la Communication de la Commission - Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement l'Union Européenne

[5] Voir également la déclaration commune sur l'application des règles antitrust pendant la crise COVID-19, publiée conjointement par la Commission européenne, l'Autorité de surveillance AELE et les autorités nationales de la concurrence qui forment ensemble le Réseau européen de la concurrence ([https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003\\_joint-statement\\_ecn\\_corona-crisis.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf)).

.

---