

Document d'orientation à destination des entreprises **Impact du Covid-19 sur les actions du Conseil de la** **concurrence**

1. Introduction

- 1.1 Au cours des prochains mois, le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») se concentrera, dans la mesure du possible, sur les effets de tout comportement anticoncurrentiel d'entreprises exploitant la crise sanitaire actuelle et affectant le consommateur.
- 1.2 Le Conseil est conscient des inquiétudes selon lesquelles l'application du droit de la concurrence pourrait venir entraver des cas de coopération nécessaire entre entreprises afin d'assurer la sécurité des approvisionnements en produits et services essentiels.¹
- 1.3 La concurrence profite aux consommateurs en incitant les entreprises à proposer des prix plus bas, plus de choix, un meilleur service, des biens et services innovants ou encore une qualité supérieure. Le droit de la concurrence doit assurer que les entreprises ne restreignent pas la concurrence au détriment des consommateurs. Par exemple, il interdit aux entreprises de se concerter ou de coopérer pour limiter, fausser ou entraver la concurrence, en augmentant les prix ou en se répartissant les marchés ou les clients.
- 1.4 Au Luxembourg, les entreprises participent aux efforts nationaux et locaux pour faire face aux conséquences de la pandémie COVID-19, qu'il s'agisse de fournir des biens et des services essentiels aux consommateurs ou de veiller à ce que les travailleurs clés dans cette crise puissent s'acquitter de leurs tâches importantes pour aider le pays à la traverser.

¹ Voir également la déclaration du Conseil du 13 mars 2020 : <https://concurrence.public.lu/fr/actualites/2020/coronavirus-responsabilite-entreprises.html> et la communication commune du 23 mars 2020 du Réseau Européen de la concurrence sur l'application du droit de la concurrence pendant la crise Covid-19 <https://concurrence.public.lu/fr/actualites/2020/declaration-commune-REC-covid-19.html>

1.5 Ceci peut requérir une certaine coordination entre entreprises concurrentes. A condition qu'elle ne soit menée que pour répondre aux préoccupations découlant de la crise actuelle et qu'elle n'aille pas au-delà du strict nécessaire, le Conseil ne prendra pas de mesures à l'encontre de telles coordinations.²

1.6 Le présent document d'orientation précise :

- a) la définition des **priorités** de l'action du Conseil en ces temps de crise ;
- b) la manière dont, dans le contexte sans précédent de la pandémie COVID-19, le Conseil entend interpréter les critères d'**exemption** des pratiques anticoncurrentielles ; et
- c) dans quelle mesure le Conseil prendra des mesures pour empêcher les préjudices aux consommateurs résultant de tout comportement qui chercherait à exploiter la crise de manière opportuniste.

1.7 L'impact de la pandémie COVID-19 continue d'évoluer. Le Conseil continuera à surveiller la situation actuelle et pourra mettre à jour ces orientations au fur et à mesure qu'il sera nécessaire de le faire, afin de fournir un maximum de clarté et de certitude aux entreprises. Le présent document d'orientation ne se rapporte qu'aux questions strictement liées à la pandémie actuelle. Le Conseil notifiera sur son site Internet le retrait de ce document lorsqu'il estimera qu'il n'est plus pertinent.

2. Comment le Conseil accordera la priorité à certains cas au cours de la pandémie COVID-19

2.1 La situation extraordinaire actuelle peut exiger une coopération entre entreprises afin d'assurer une fourniture et une distribution équitables à tous les consommateurs des produits et/ou services rares. Le Conseil ne prendra **pas de mesures à l'encontre des entreprises** (voir section 3 pour plus de détails), lorsque des mesures **temporaires** visant à coordonner l'action des entreprises :

- a) sont **appropriées** et **nécessaires** afin d'éviter une pénurie ou d'assurer la sécurité de l'approvisionnement ;
- b) sont clairement dans **l'intérêt public** ;
- c) contribuent à **l'intérêt ou au bien-être des consommateurs** ;
- d) traitent des **questions critiques** qui se posent **à la suite de la pandémie actuelle** ; et

² La déclaration commune publiée par le Réseau européen de la concurrence sur l'application du droit de la concurrence pendant la crise de Corona, du 23 mars 2020, indique qu'« *il est peu probable que, des mesures nécessaires et temporaires mises en place afin d'éviter une pénurie d'approvisionnements, posent problème, car elles n'équivaldraient pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 101TFUE ou généreraient des gains d'efficacité qui compenseraient très probablement une telle restriction.* »

e) ne durent **pas plus longtemps qu'il n'est nécessaire** pour traiter ces questions cruciales.

2.2 Cela ne donne toutefois pas aux entreprises carte blanche pour adopter un comportement qui pourrait nuire aux consommateurs. Le Conseil ne tolérera pas que des entreprises exploitent la crise pour mettre en place des comportements anti-concurrentiels tels que :

- a) des échanges d'informations sur les prix futurs ou les stratégies commerciales ;
- b) des distributeurs excluant leurs petits rivaux de tout effort de coopération ou de collaboration en vue d'atteindre la sécurité d'approvisionnement ou refusant aux rivaux l'accès aux fournitures ou aux services ;
- c) des abus de position dominante sur un marché (où la position dominante pourrait résulter des circonstances particulières de cette crise), tels que l'augmentation des prix de manière significative au-dessus du niveau concurrentiel ;³
- d) la collusion entre entreprises cherchant à atténuer les conséquences commerciales d'une baisse de la demande en maintenant artificiellement des prix élevés au détriment des consommateurs ; ou encore
- e) une coordination plus importante que nécessaire pour traiter le problème en question (par exemple : si la coordination s'étend à la distribution ou à la fourniture de biens ou de services qui ne sont pas touchés par la pandémie ou l'échange de davantage d'informations sensibles que nécessaire à atteindre l'objectif visé par la coordination).

2.3 En appliquant ces principes pendant la crise actuelle, le facteur clé pour le Conseil sera le potentiel de la coordination à causer un préjudice aux consommateurs ou à l'économie en général. Lorsque la coordination est nécessaire, par exemple, pour garantir que les produits essentiels parviennent aux consommateurs ou que les travailleurs clés dans cette crise puissent se rendre en toute sécurité sur leur lieu de travail, il est très peu probable qu'elle porte préjudice aux consommateurs.

2.4 Il est de la plus haute importance de veiller à ce que les prix des produits ou services essentiels pour protéger la santé des citoyens dans la situation actuelle (par exemple les masques faciaux et le gel hydro-alcoolique) ne soient pas artificiellement gonflés par des entreprises qui cherchent à tirer profit de la situation actuelle en s'entendant pour maintenir des prix élevés⁴ ou, si elles ont une position dominante sur un marché⁵, en exploitant cette position⁶.

³ Le comportement unilatéral d'une entreprise ayant une position dominante sur un marché peut être interdit en vertu de l'article 5 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE.

⁴ En violation de l'interdiction d'accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées entre entreprises restreignant, faussant ou éliminant la concurrence.

⁵ Y compris une position dominante conférée par les circonstances actuelles.

⁶ En violation de l'interdiction des abus de position dominante.

- 2.5 Les fabricants peuvent également prendre eux-mêmes des mesures pour lutter contre les prix de détail excessifs. Il est en effet permis à tout fournisseur de fixer des prix de revente maximums à l'intention de ses détaillants.⁷

3. Notre approche des critères d'exemption pendant la pandémie COVID-19

3.1 Dans ce document d'orientation, le Conseil précise la manière dont il appliquera les critères juridiques d'une exemption de l'interdiction des ententes en vertu de l'article 4 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. D'après cet article, un accord, décision d'association d'entreprises et pratique concertée qui restreint, fausse ou élimine la concurrence est exempté de l'interdiction s'il remplit tous les critères suivants :

- a) il contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ;
- b) tout en réservant aux utilisateur une partie équitable du profit qui en résulte ;
et sans :
- c) imposer aux entreprises des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
- d) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

3.2 Les accords, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées sont donc automatiquement exemptés si tous ces critères sont remplis. Les entreprises ou associations d'entreprises doivent évaluer elles-mêmes si ces critères d'exemption s'appliquent : le Conseil ne peut pas prendre de décision formelle d'« autorisation » à cet effet, mais peut en revanche répondre à certaines questions qui pourraient être formulées par les entreprises en ces temps de crise.

3.3 Les principes suivants pourront aider les entreprises à mener leur propre évaluation dans les circonstances spécifiques de la pandémie:

- a) La coopération qui garantit que les biens et services essentiels peuvent être mis à la disposition du public sera considérée comme une amélioration de la distribution (c'est-à-dire répondre au premier critère).

⁷ En vertu du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux de l'UE, un fournisseur peut imposer des prix maximums au-delà desquels ses détaillants ou distributeurs ne peuvent pas revendre les produits, à condition que le prix maximum ne soit pas équivalent à un prix de revente fixe ou minimum, par exemple du fait de pressions ou d'incitations, et que le fournisseur et les détaillants se situent en dessous des seuils de part de marché prévus dans le règlement d'exemption par catégorie.

- b) La coopération sera considérée comme susceptible de donner aux consommateurs une part équitable des avantages dégagés si elle permet d'éviter ou d'atténuer ces pénuries (c'est-à-dire répondre au deuxième critère).
- c) Pour apprécier si la coopération est indispensable (troisième critère), le facteur clé sera de déterminer si cette dernière est nécessaire compte tenu des circonstances et du temps limité pour envisager des solutions alternatives.
- d) Un autre facteur important sera le caractère temporaire d'une telle coopération. Les entreprises ne doivent pas restreindre la concurrence si une telle restriction n'est pas nécessaire à la réalisation des avantages visés par la coopération.
- e) En application du quatrième critère, le Conseil considère qu'il est important de maintenir la concurrence dans tous les cas où cela reste possible. Par exemple, s'il est d'un côté nécessaire de partager des informations sur les capacités des entreprises, il peut d'un autre côté demeurer possible (et donc nécessaire) de maintenir la concurrence sur les prix. De même, une restriction peut être limitée à des marchandises ou à des zones géographiques particulières afin de résoudre un problème particulier.

3.4 Globalement, les types d'actions concertées qui, dans les circonstances exceptionnelles de la pandémie :

- a) évitent une pénurie, ou assurent la sécurité de l'approvisionnement ;
- b) assurent une distribution équitable de produits rares ;
- c) maintiennent des services essentiels ; ou
- d) fournissent de nouveaux services tels que la livraison de denrées alimentaires aux consommateurs vulnérables,

sont susceptibles de ne pas poser de problème du point de vue du droit de la concurrence.

4. Points supplémentaires

4.1 Ces orientations ne couvrent que l'approche que le Conseil entend adopter pour faire respecter le droit de la concurrence durant la pandémie COVID-19. Elles ne lient pas la Commission européenne⁸ dans son application du droit de la concurrence de l'Union au Luxembourg. Le Conseil ne peut, par ailleurs, pas offrir de protection contre les litiges privés qui seraient intentés par des tiers devant les juridictions civiles pour des infractions présumées au droit de la

⁸ Comme indiqué dans la note de bas de page 1 ci-dessus, le 23 mars 2020, le Réseau européen de la concurrence a publié une déclaration commune sur l'application du droit de la concurrence pendant la crise du coronavirus, qui fournit des orientations aux entreprises quant à l'approche du REC en matière de coopération entre entreprises dans le contexte de la pandémie COVID-19.

concurrence⁹. Les entreprises sont invitées à contacter leur conseil juridique afin de déterminer dans quelle mesure cela peut présenter un risque pour elles.

- 4.2 Le Conseil espère que ces orientations répondront aux questions que les entreprises et les parties prenantes pourraient se poser concernant l'application du droit de la concurrence par le Conseil pendant la crise. Toutefois, dans les cas concrets où les entreprises et leurs conseils juridiques auraient des doutes sur la légalité des mesures qu'elles envisagent de prendre, le Conseil peut envisager au cas par cas de fournir aux entreprises des orientations supplémentaires et informelles.

⁹ Bien que les tribunaux luxembourgeois puissent tenir compte de ces orientations s'ils étaient amenés à trancher des affaires qui y seraient liées.