

Étienne PFISTER*

etienne.pfister@autoritedelaconcurrence.fr

Rapporteur général adjoint à l'Autorité de la concurrence,
Membre du laboratoire BETA-REGLES,
Universités de Nancy

Joseph VOGEL

jvogel@vogel-vogel.com

Avocat au barreau de Paris, Vogel & Vogel

Gildas DE MUIZON

gildas.de.muizon@microeconomix.com

Économiste, directeur associé de Microeconomix

Accords *de minimis*: Faut-il les sanctionner ?

LA COMMUNICATION DE MINIMIS : UN POINT DE VUE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

Étienne PFISTER

Économiste, rapporteur général adjoint à l'Autorité de
la concurrence, membre du laboratoire BETA-
REGLES, Universités de Nancy

Abstract

The De minimis communication of the European Commission defines under which conditions agreements between firms will not be considered to restrict competition in a sensitive way. The three contributions in this article discuss its effectiveness in promoting legal security for firms, especially considering the exceptions to the De minimis communication, the definition of thresholds in market shares and its implications for national competition authorities.

La communication De minimis définit ce qui ne constitue pas, du point de vue la Commission européenne, une restriction sensible de la concurrence. Les contributions réunies dans cet article analysent la portée de cette communication et la sécurité juridique qui en découle pour les entreprises, au regard, notamment, des différentes exceptions à son application, de la mesure des seuils en parts de marché et de son application par les autorités nationales de concurrence.

I. Présentation de la communication *de minimis*

1. La communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, § 1 (devenu 101, § 1) du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*, 2001/C 368/07), publiée en 2001, quantifie, au moyen de seuils de part de marché et de l'identification de restrictions "caractérisées" ou "flagrantes", ce qui ne constitue pas, du point de vue de la Commission européenne, une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 101 du traité, indépendamment de la question de l'affectation du commerce. Au point 4 de cette communication, la Commission indique ainsi qu'elle "n'engagera pas de

* L'auteur demeure seul responsable des analyses et opinions exprimées dans cet article.

procédure sur demande ou d'office dans les cas qui sont couverts par la présente communication".

2. Ce faisant, la Commission accroît la sécurité juridique des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises aux faibles parts de marché, en s'engageant à ne pas poursuivre certains accords tout en confirmant que d'autres (les restrictions "*flagrantes*") pourront, y compris s'agissant d'entreprises de petite taille, faire l'objet de poursuites. Les zones de sécurité (*safe harbors*) ainsi créées permettent également à la Commission (et aux autorités de concurrence nationales qui souhaiteraient s'en inspirer), notamment celles ne disposant pas de l'opportunité des poursuites, d'établir plus aisément des priorités en matière de politique de concurrence.

3. Les seuils de parts de marché définis par la communication *de minimis* diffèrent selon le type d'accord considéré. Pour que la communication *de minimis* soit applicable à des accords horizontaux, la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord doit être inférieure à 10 % sur tous les marchés en cause affectés par ledit accord. Ce seuil est de 15 % pour chacune des parties à l'accord sur chacun des marchés affectés par l'accord, lorsque celui-ci est passé entre des entreprises qui ne sont des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés, et en particulier lorsqu'il n'existe qu'une relation verticale (de vendeur à acheteur, par exemple) entre les entreprises parties à l'accord. Enfin, en cas d'effet cumulatif de verrouillage causé par plusieurs accords similaires entre fournisseurs et distributeurs, le seuil de 15 % précédemment défini est abaissé à 5 %.

4. Cependant, la communication de la Commission ne s'applique pas aux accords entre concurrents ayant pour objet de fixer les prix de vente, de limiter la production ou les ventes ou de répartir les marchés ou les clients. Elle ne s'applique pas non plus aux accords entre non-concurrents ayant pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente, le territoire dans lequel ou la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre les produits, les ventes aux utilisateurs finaux par les membres d'un réseau de distribution sélective, les livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective, ou encore les ventes de composants en tant que pièces détachées par le fournisseur, pour la réparation ou l'entretien des produits vendus à l'acheteur de ces composants, à des utilisateurs finaux, à des réparateurs ou d'autres prestataires de service qui n'auraient pas été désignés par l'acheteur. Ce faisant, les accords verticaux exclus du champ de la communication recoupent les restrictions caractérisées identifiées dans le règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 concernant les accords verticaux.

II. La portée de la communication *de minimis*

5. Tout en créant une zone de sécurité juridique utile pour les entreprises dotées de faibles parts de marché, la communication *de minimis* voit sa portée circonscrite de trois manières.

6. Une première interrogation quant au champ de la communication *de minimis* concerne ses implications pour les autorités nationales de concurrence et leurs juridictions de contrôle. C'est là l'un des objets de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la Cour de justice de l'Union européenne, le 11 mai 2011, dans le cadre du pourvoi formé par la société Expedia contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 février 2010 confirmant la décision n° 09-D-06 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne. En effet, cette question préjudicielle porte notamment sur la possibilité, ou l'impossibilité, pour une autorité nationale de concurrence, de poursuivre et de sanctionner un accord susceptible d'affecter le commerce européen, mais dont les parties ne franchissent pas les seuils définis par la communication *de minimis*, sur le double fondement de l'article 101, § 1, TFUE et du droit national de la concurrence.

7. La communication *de minimis* entend bien donner des indications aux juridictions et autorités des États membres pour l'application de l'article 101 du traité (point 4). De fait, en droit français de la concurrence, le pendant de la communication *de minimis* est constitué des articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du code de commerce. Ceux-ci présentent cependant la particularité de laisser une plus grande faculté d'appréciation à l'Autorité de la concurrence : l'article L. 464-6-1 dispose que celle-ci "*peut*" s'abstenir de poursuivre des accords entre des entreprises dont les parts de marché sont inférieures aux seuils définis par la Commission. Ainsi, comme le rappelle la réponse de la Cour de justice à la question préjudicielle susmentionnée et comme l'avait soutenu l'Autorité dans ses observations écrites et orales, la politique de poursuite définie par la communication ne lie que la Commission européenne elle-même et ne s'impose pas aux juridictions ou aux autorités nationales de concurrence. En particulier, les parts de marché ne constituant qu'un indice parmi d'autres susceptibles d'établir le caractère sensible ou non d'une restriction, les autorités nationales de concurrence, si elles peuvent choisir de s'inspirer des indications figurant dans la communication *de minimis*, demeurent néanmoins libres de définir leur propre politique de poursuite et donc de tenir compte d'autres particularités du cadre réel où se place l'accord en cause pour déterminer le caractère sensible de la restriction qu'il entraîne.

8. Une seconde interrogation quant à la portée de la communication *de minimis* concerne l'indicateur utilisé pour considérer que des accords mis en œuvre par des entreprises (hors restrictions “*flagrantes*”) ne peuvent restreindre sensiblement la concurrence. L'utilisation d'un seuil en part de marché n'est en effet pas neutre : elle nécessite de définir le marché pertinent, étape procédurale classique, mais dont la conclusion demeure parfois difficile à anticiper. Il peut d'ailleurs être noté que, dans le cadre du contrôle des concentrations, des seuils de notification en chiffres d'affaires, plus aisés à utiliser, ont été préférés aux seuils en parts de marché.

9. Cependant, définir un seuil en chiffre d'affaires plutôt qu'en part de marché conduit à n'identifier que de façon très approximative les accords qui ne sont pas susceptibles de restreindre la concurrence. Un seuil de chiffre d'affaires trop élevé conduirait à ne plus engager de poursuites à l'encontre d'accords mis en œuvre par des entreprises détenant des parts de marché élevées sur des marchés étroits, du fait d'une segmentation géographique fine par exemple. À l'inverse, un seuil de chiffre (trop) bas conduirait une autorité de concurrence à engager des investigations sur des marchés sur lesquels les parties en cause ne détiennent qu'une part de marché limitée. De plus, le chiffre d'affaires pertinent pour apprécier l'absence de risque pour la concurrence ne devrait prendre en compte que les ventes affectées par l'accord en cause, ce qui, fréquemment, conduirait à devoir délimiter les marchés en cause. Enfin, le point 4 de la communication dispose que “*lorsque des entreprises estiment de bonne foi qu'un accord est couvert par la présente communication, la Commission n'infligera pas d'amende*”, ce qui peut être de nature à diminuer le coût de l'incertitude associée à la délimitation des marchés pertinents.

10. Enfin, une ultime interrogation quant au champ de la communication *de minimis*, également soulevée par la question préjudicielle susmentionnée, est celle de son application aux accords ayant pour objet de restreindre la concurrence et, en particulier, aux restrictions caractérisées identifiées dans les règlements d'exemption. À cet égard, la communication prend le soin de préciser qu'elle ne peut couvrir des restrictions caractérisées ou flagrantes, y compris lorsque les parties à ces accords respectent les seuils de parts de marché qu'elle énonce et lorsque ces accords lient des entreprises non concurrentes.

11. En première analyse, ces précautions peuvent apparaître comme n'étant pas sans inconvénient. Alors que les entreprises dont la part de marché respecte les seuils prescrits peuvent *a priori* ne disposer que d'un pouvoir de marché limité, la communication énonce que les accords qu'elles concluront entre elles pourront faire l'objet de procédures de contrôle. La capacité des autorités de concurrence ne disposant pas de l'opportunité des poursuites à décider de l'allocation de leurs efforts d'investigation est ainsi diminuée. La faculté des opérateurs à conclure des accords améliorant leur efficacité productive et ne causant, en première analyse, que peu de dommages à la concurrence

est également limitée : en cas de procédure ouverte à l'encontre de ces accords exclus du bénéfice de la communication, les entreprises, y compris celles dont la taille et les ressources sont limitées, seront contraintes de démontrer que ces accords respectent les conditions d'exemption énoncées à l'article 101, § 3.

12. Pour autant, une telle exclusion est à la fois raisonnable et nécessaire. Premièrement, les restrictions exclues du bénéfice de la communication sont “*flagrantes*” ou “*caractérisées*”, car elles sont de nature à restreindre de façon sensible le jeu de la concurrence (sans pour autant exclure que ces effets négatifs sur la concurrence puissent être compensés par des gains d'efficacité bénéficiant aux consommateurs et pour l'obtention desquels ces accords sont nécessaires). La jurisprudence tant nationale qu'européenne a toujours considéré que ces restrictions, et les restrictions par objet au sens large, ont pour finalité de limiter systématiquement et de manière sensible le jeu de la concurrence, indépendamment de la part de marché des entreprises les mettant en œuvre. En présence d'une restriction par objet, la jurisprudence considère d'ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de prouver que l'accord produit des effets négatifs sur la concurrence : il suffit alors d'établir que l'accord est concrètement apte à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur¹.

13. Deuxièmement, l'inclusion, dans le champ de la communication *de minimis*, des restrictions qui en sont pour le moment exclues aurait pour effet de déplacer le champ du débat, de la qualification d'un accord en tant que restriction par objet vers la mesure des parts de marché et, partant, vers la définition des marchés pertinents, et ce, alors même que les restrictions en cause ont, par nature, la possibilité de restreindre la concurrence. De fait, si ces restrictions ont bien, par nature, une telle visée, il serait alors préférable que les ressources des entreprises soient consacrées à la démonstration des gains d'efficacité qu'elles engendrent et de leur nécessité, plutôt qu'à la définition des marchés.

14. Troisièmement, s'agissant de l'ampleur des effets de ces pratiques, sur des marchés de produits différenciés, où coexistent, au sein d'un même marché pertinent, des segments distincts de produits, des restrictions caractérisées mises en œuvre par des entreprises appartenant au même segment de produits, mais disposant d'une part de marché inférieure aux seuils prescrits peuvent significativement restreindre la concurrence. En autorisant la poursuite d'accords ayant des effets similaires et dont les parties, considérées individuellement, ont des parts de marché inférieures aux seuils prescrits, la théorie des effets cumulatifs permettrait de prendre en compte ce risque. Cependant, son application ne peut donner lieu à des sanctions – et le pouvoir de dissuasion de cette doctrine s'en

¹ V. arrêts *T-Mobile Netherlands* (C-8/08), *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (C-209/07), *GlaxoSmithKline Services e.a. c/ Commission e.a.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P), *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08), *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09).

trouve donc diminué. Enfin, s'agissant de restrictions caractérisées, le seuil de déclenchement de tels effets cumulatifs, qu'il soit de 30 ou de 50 %, peut être considéré comme trop élevé.

15. En dernier lieu, les petites et moyennes entreprises, fréquemment citées en exemple des sociétés qui bénéficieraient d'une intégration, dans le champ de la communication *de minimis*, des restrictions qui en sont actuellement exclues, peuvent également être victimes des pratiques mises en œuvre par des sociétés qui, en dépit de parts de marché inférieures à 15 ou à 10 %, disposent à leur égard, du fait notamment de la petite taille de ces entreprises clientes, d'un pouvoir de marché leur permettant de tirer profit de ces restrictions caractérisées. De surcroît, ces petites et moyennes entreprises victimes des restrictions caractérisées mises en place par leurs partenaires commerciaux ont besoin, pour être incitées à initier des poursuites, d'une sécurité juridique justifiant leur prise de risque et les frais judiciaires qu'elles supportent.

16. À cet égard, il ne faudrait donc pas que des accords qui visent à restreindre la concurrence ne soient pas sanctionnés sous le prétexte qu'ils sont mis en œuvre – parfois – par des PME (qui peuvent également appartenir à de grands groupes), alors que leurs effets peuvent en premier lieu affecter d'autres PME. Il demeure, à l'inverse, plus pertinent de contraindre les entreprises, y compris celles ne disposant que de parts de marché limitées et y compris, au sein de celles-ci, les PME, à vérifier, avant la mise en œuvre de restrictions caractérisées, qu'elles sont à même de justifier des gains d'efficacité qu'elles engendrent et de l'absence d'alternative pour leur obtention. ■

Accords *de minimis* : Faut-il les sanctionner ?

PEUT-ON ECHAPPER AU DROIT DE LA CONCURRENCE GRACE A LA REGLE *DE MINIMIS* ?

Joseph VOGEL

Avocat au barreau de Paris, Vogel & Vogel

1. Affirmer que la prohibition des ententes n'est pas applicable en l'absence d'incidence sensible de l'accord ou de la pratique sur la concurrence paraît relever de l'évidence.

2. On trouve des applications de cette idée très tôt en droit communautaire. La Commission s'y est référée dès 1968¹ et la Cour de justice a affirmé la règle en 1969 dans son arrêt *Völk* : "un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché en cause"². Par la suite, la Commission a cherché à systématiser sa pratique en élaborant ses communications sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le commerce entre États

1 Comm CE. 17 juillet 1968, 68/318, *SOCEMAS*, LawLex2010000974JBJ, où la Commission délivre une attestation négative à la création d'une centrale d'achats dont les membres "ne représent[ai]ent qu'une partie très peu importante des différents marchés des produits en cause".

2 CJCE, aff. 5/69, du 9 juillet 1969, *Völk-Vervaecke*, LawLex200203510JBJ

membres. La première date du 27 mai 1970 ; elle a été remplacée en 1977, puis en 1986 et encore en 1997.

3. Aujourd'hui, c'est la communication *de minimis* du 22 décembre 2001³ qui régit la matière. Pour la première fois, la communication distingue les conditions d'atteinte à la concurrence et d'affectation du commerce entre États membres (§ 3) qui étaient liées dans la décision *Völk* et la pratique précédente de la Commission, des lignes directrices spécifiques ayant été adoptées en 2004 pour régir la question de l'affectation du commerce⁴. La communication quantifie, au moyen de seuils de parts de marché, ce qui ne constitue pas une restriction sensible de concurrence. Les seuils sont de 10 % pour les accords entre concurrents et 15 % pour les accords entre non-concurrents. La communication intègre l'évolution de l'environnement normatif et les règlements d'exemption "*nouvelle approche*" précédemment adoptés. Aussi, les seuils sont relevés puisqu'ils étaient précédemment respectivement fixés à 5 et 10 %. La communication prévoit pour la première fois un seuil de parts de marché pour les réseaux d'accords entraînant un effet anticoncurrentiel cumulatif. Celui-ci est fixé à 5 %. Le règlement restrictions verticales adopté deux ans auparavant par la Commission prévoyait, quant à lui, la possibilité d'un retrait de l'exemption en cas d'effet cumulatif⁵. La Communication indique qu'un effet cumulatif de verrouillage n'existera vraisemblablement pas si moins de 30 % du marché en cause est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires⁶.

4. Comme par le passé, la communication vise un certain nombre de pratiques exclues de la zone de sécurité qu'elle crée. Mais celles-ci sont désormais définies par référence aux restrictions caractérisées visées par les règlements d'exemption par catégorie : pour les accords entre non-concurrents, celles du règlement d'exemption n° 2790/1999 concernant les accords verticaux ; pour les accords entre concurrents, les restrictions énoncées dans le règlement (CE) n° 2658/2000 concernant les accords de spécialisation.

5. Malgré la communication *de minimis*, la théorie du seuil de sensibilité suscite des questions et des difficultés. Elles sont de plusieurs ordres. Ici comme ailleurs se pose la question de la définition du marché pertinent. Mais les accords d'importance mineure suscitent d'autres difficultés qui leur sont propres. La règle *de minimis* est-elle un élément

3 JOCE C 368/13 du 22 décembre 2001.

4 Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, communication 2004/C 101/07, JO C 101 du 27 avril 2004, pp. 81-96.

5 V. article 6 du règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 336/24 du 22 décembre 1999 ; le règlement (UE) n° 30/2010 du 20 avril 2010 qui lui a succédé reprend le même principe (article 6).

6 Le règlement d'exemption n° 330/2010 vise, quant à lui, un seuil de 50 % du marché couvert par les réseaux parallèles d'accords similaires pour que le retrait de l'exemption soit possible (article 6).

de qualification de l'infraction – interdisant l'exercice de poursuites pour l'autorité de concurrence – ou ne constitue-t-elle qu'une règle d'opportunité des poursuites⁷ ? La réponse est-elle la même dans tous les ordres juridiques ? Quelle est la force obligatoire de la communication *de minimis* dans un système décentralisé d'application du droit de l'Union ?

6. Pour les entreprises, ces questions revêtent une importance particulière, car des réponses qui y sont apportées dépendra la sécurité juridique qu'elles peuvent attendre. La règle *de minimis* et plus particulièrement la communication *de minimis* constituent un instrument juridique intéressant, qui a permis aux entreprises détenant des parts de marché faibles de sécuriser leurs pratiques (I.). Mais cette sécurité juridique est insuffisamment garantie (II.).

I. Un instrument de sécurisation juridique

7. La communication *de minimis* connaît aujourd'hui une influence grandissante. Il ne faudrait cependant pas oublier que, au plan national, la théorie de la sensibilité n'a été initialement que difficilement admise.

1. La sécurisation de clauses et pratiques traditionnellement interdites en droit national

8. La réception par le droit français de la théorie de la sensibilité s'est effectuée plus difficilement qu'en droit européen, ou en tout cas avec des divergences d'approche entre autorités et juridictions chargées d'appliquer la prohibition des ententes. La Cour de cassation avait consacré la théorie du seuil de sensibilité dans un arrêt du 4 mai 1993, *Rocamat*, d'autant plus remarquable que l'affaire concernait un accord de répartition de marché, ayant un objet anticoncurrentiel⁸. Le Conseil, quant à lui, "étudiait l'effet potentiel ou réel des pratiques, mais se refusait à introduire des degrés dans cette appréciation"⁹. En définitive, une solution de compromis prévalut : la Cour de cassation accepta l'inapplicabilité de la théorie *de minimis* aux accords ayant pour objet de fausser la concurrence, ces accords ayant de ce fait potentiellement un effet anticoncurrentiel¹⁰ ; le Conseil fit référence à la condition de sensibilité comme

élément de la qualification des pratiques à compter de son rapport d'activité pour l'année 1997¹¹.

9. Cependant, la place faite par les autorités nationales à la règle *de minimis* est restée initialement limitée : le Conseil "n'admet[ait] en effet le moyen pris de l'absence d'effet sensible qu'avec une grande parcimonie" et dans des "hypothèses où l'affectation de la concurrence était réellement insignifiante"¹². La Cour de cassation laissait faire, en renvoyant à l'appréciation souveraine des juridictions en raison de l'absence de définition légale d'un seuil de sensibilité¹³.

10. C'est en définitive la place toujours plus grande faite à la communication *de minimis* qui a offert aux entreprises la sécurisation de leurs pratiques. À compter de l'année 2000, le Conseil a en effet intégré à sa jurisprudence les textes communautaires en tant que "guides d'analyse". Les principes de fonctionnement de cette intégration sont bien connus : un texte communautaire dit la prohibition des ententes non applicable à une catégorie d'accords, mais ce texte n'est pas applicable au cas soumis au Conseil, pour des raisons de droit transitoire ou parce que l'accord en cause n'altère pas le commerce entre États membres. Qu'importe, le Conseil utilise les textes en cause en tant que guides d'analyse et prononce un non-lieu si les conditions de parts de marché qu'ils prévoient sont satisfaites.

11. À ce titre, le Conseil a beaucoup utilisé le règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999¹⁴. Mais il a aussi utilisé la communication *de minimis*. Ainsi, dans sa décision n° 03-D-53 du 26 novembre 2003, le Conseil était saisi de pratiques mises en œuvre par la société Biotherm, au sein de son réseau de distribution sélective. L'instruction avait fait apparaître une application discriminatoire des critères de sélection, des refus de communication des critères et de la notation attribuée aux candidats. Dans la jurisprudence traditionnelle du Conseil, de telles pratiques auraient été condamnées. Mais celui-ci, après avoir fait référence à la communication *de minimis*, souligne que ces pratiques ne sont pas assimilables à des restrictions caractérisées ; dès lors, compte tenu de la faible part de marché détenue par le fabricant, l'application discriminatoire des critères de sélection ne pouvait avoir d'effet sensible. Dans une autre

7 Sur ces questions, v. en particulier L. Idot, *Seuil de sensibilité et articulation avec le droit national*, *Europe* n° 7, juillet 2011, comm. 260.

8 Cass. com., 4 mai 1993, *Rocamat c/ Sogepierre*, n° 91-17.937, *LawLex200202721JBJ*.

9 Cons. conc., Rapport annuel 2003, Étude thématique : Objet, effet et intention anticoncurrentiels.

10 Cass. com., 21 mars 2000, n° 98-10.183, *LawLex200202780JBJ*.

11 Ses décisions ultérieures en feront application. V. par ex. Cons. conc., 8 juillet 1998, n° 98-D-54, *LawLex200202286JBJ*.

12 Étude thématique précitée qui ne présente à ce titre que trois exemples d'application de la théorie : décisions n° 03-D-01 du 14 janvier 2003, *LawLex20030000598JBJ*, n° 03-D-26 du 4 juin 2003, *LawLex200300002453JBJ*, et n° 03-D-33 du 3 juillet 2003, *LawLex200300002998JBJ*.

13 Cass. com., 12 janvier 1999, *Zannier*, n° 97-13.125, *LawLex200202857JBJ*. Dans l'affaire en cause, les parts de marché détenues par le franchiseur étaient de 2,7 %.

14 V. par ex., Cons. conc., 19 juillet 2001, décision n° 01-D-45, relative à une saisine présentée par la société Casino France, *LawLex200202335JBJ* ; Cons. conc., 22 janvier 2002, décision n° 02-D-01, relative à une saisine présentée par la société SERAP, *LawLex200202248JBJ*.

affaire datant de 2004¹⁵, le Conseil a fait application de la communication *de minimis* à un fournisseur qui refusait de vendre ses produits à des *pure players* Internet et appliquait des conditions discriminatoires.

12. L'application de la communication *de minimis* a permis le prononcé de non-lieu pour des pratiques traditionnellement interdites dans la pratique décisionnelle du Conseil. Mais dans les affaires en cause, qui concernaient des relations verticales, l'application du règlement restrictions verticales en tant que guide d'analyse aurait conduit au même résultat.

2. La sécurisation de modèles de distribution au-delà des règlements d'exemption

13. Si la communication *de minimis* reprend la liste des restrictions caractérisées du règlement (CE) sur les restrictions verticales n° 2790/1999, reproduite à l'identique dans le règlement (UE) n° 330/2010, les règlements comportent aussi des clauses "rouges", qui ne font pas perdre le bénéfice de l'exemption aux accords qui les contiennent, mais ne sont pas exemptées. Le règlement (CE) n° 1400/2002 applicable au secteur automobile du 1^{er} octobre 2002 au 31 mai 2010 posait, quant à lui, des conditions additionnelles pour le bénéfice de l'exemption, elles aussi absentes de la communication *de minimis*. Un pas supplémentaire étant franchi dans la portée du texte, la communication a été utilisée par des constructeurs automobiles pour bâtir des systèmes de distribution qui n'auraient pas bénéficié de l'exemption par catégorie. Les constructeurs concernés étaient confrontés à des problématiques identiques ; il s'agissait de marques peu diffusées qui, pour s'implanter, devaient recourir à un modèle de distribution leur permettant de développer leur image et de contrôler le système mis en place. La communication *de minimis* leur a permis de défendre un modèle, fondé sur l'exclusivité de marque, que le texte en vigueur n'exemptait pas.

14. S'agissant du constructeur automobile Porsche, c'est la Commission européenne qui l'a approuvé. Constatant que le constructeur ne vendait que 0,17 % des voitures immatriculées dans l'UE, avec un réseau représentant moins de 0,4 % des distributeurs de véhicules neufs de l'UE, la Commission a considéré que Porsche pouvait bénéficier des règles générales *de minimis*¹⁶. Elle a donc autorisé le constructeur à recourir à des clauses de non-concurrence et à prévoir des clauses dites "de localisation" dans les contrats de ses distributeurs, autant de clauses constituant pourtant

des clauses rouges dans le règlement automobile¹⁷. Le raisonnement de la Commission est parfaitement transposable, au moins en ce qui concerne les clauses de non-concurrence, à tous les secteurs autres que l'automobile : en dépit d'une définition différente, l'effet des règlements sur ces clauses – absence d'exemption dans le secteur automobile par le passé ou exemption subordonnée au respect de certaines conditions dans les autres secteurs – est similaire.

15. En ce qui concerne cette fois le constructeur Honda, la validation vient des juridictions françaises. Dans plusieurs affaires qui lui étaient soumises, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'"en l'absence de 'restrictions caractérisées' de concurrence d'une particulière gravité, lesquelles pourraient effectivement faire échec au bénéfice de la communication de minimis susvisée, la société intimée [Honda] doit être considérée comme n'étant pas soumise au règlement d'exemption 1400-2002 pour l'activité de vente de véhicules neufs : dès lors, la société Auto Loisirs n'est pas fondée à analyser les clauses du contrat de distribution litigieux au regard de ce texte"¹⁸. Cela a permis au constructeur japonais de prévoir une obligation de non-concurrence à la charge de ses distributeurs et de ne pas recourir à des clauses contractuelles conditionnant le bénéfice de l'exemption dans le règlement (CE) n° 1400/2002 (notamment, absence de motivation de la résiliation ; v. article 3, § 4, du règlement).

II. Une sécurité juridique insuffisamment garantie

16. Malgré ces avancées, la sécurité juridique apportée par la règle *de minimis* n'est que très relative ; celle-ci n'est plus garantie par les règles posées en droit français et l'est insuffisamment en ce qui concerne le droit européen.

1. Dans le modèle français

17. Au prix de la lente évolution précédemment retracée, la règle *de minimis* avait été intégrée dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence. L'ordonnance du 25 mars 2004 a consacré en droit national les seuils de parts de marché découlant de la communication *de minimis* et pour l'essentiel les exceptions qu'elle vise (articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce). Mais il s'agit d'une intégration "à la française". Les contrats passés en application du code des marchés publics sont exclus, ce qui reflète l'attention

15 Décision n° 04-D-64, du 30 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'appareils électrodomestiques, LawLex200500003802JBJ.

16 "La Commission autorise le nouveau système de distribution et de service après-vente de Porsche", IP/04/585 du 3 mai 2004.

17 Le règlement automobile n'exemptait aucune obligation de non-concurrence, peu en important la durée (article 5, § 1) ; la définition en était très large, car elle englobait toute clause obligeant le distributeur à concentrer ses achats à plus de 30 % chez le fournisseur (article 1, § 1, point b)). Le texte imposait au fournisseur souhaitant bénéficier de l'exemption de laisser ses distributeurs sélectifs libres d'ouvrir des points de vente additionnels (article 5, § 2, point b), du règlement).

18 Cour d'appel de Paris, 19 octobre 2011, *Autopolis c/ Honda*, LawLex201100001723JBJ ; 29 février 2012, *Auto Loisirs c/ Honda*, LawLex20120000345JBJ.

particulière portée à ce domaine. En outre, selon le texte, en deçà des seuils *de minimis*, l'Autorité de la concurrence "peut" décider de ne pas poursuivre la procédure. Ici se situe la véritable frontière entre règles européenne et française. Dans sa communication, la Commission indique qu'elle "considère que les accords qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas la concurrence" en deçà des seuils qu'elle fixe. Elle pose une règle de fond : "on se situe (...) sur le terrain de la qualification de la restriction de concurrence. En droit français, le Conseil peut décider de ne pas poursuivre et rendre une décision de non-lieu. La règle est de nature procédurale et a surtout pour but de permettre au Conseil de traiter rapidement les dossiers qui ne posent pas de véritable problème de concurrence"¹⁹. Gildas de Muizon l'a souligné, pour l'économiste, la règle *de minimis* procède d'un arbitrage à établir entre coût administratif et bénéfice de l'arrêt d'une pratique. Pour le juriste, la question est de savoir si cet arbitrage fait ou non bénéficier les entreprises d'une zone de sécurité. La réponse est négative en droit français, puisque la règle posée par le code de commerce est seulement une règle d'opportunité des poursuites.

18. On aboutit à cette situation paradoxale où des accords qui peuvent affecter le commerce entre États membres, et qui concernent des marchés nationaux ou paneuropéens, sont en définitive mieux traités que des accords purement nationaux ou locaux. La cour d'appel de Paris a jugé – par une incidente – que l'article L. 464-6-1 du Code de commerce était une loi pénale plus douce, rétroactivement applicable²⁰ ; il est permis d'en douter, car une règle de fond, telle que précédemment appliquée, était plus protectrice. Les dispositions de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce n'ont d'ailleurs été appliquées qu'une fois, dans un dossier concernant des clauses d'approvisionnement exclusif consenties par des stations-service au profit de compagnies pétrolières²¹. On aurait abouti à une solution identique dans le cadre d'une application de la communication *de minimis* en tant que guide d'analyse.

2. Pour l'application du droit de l'Union

19. Même pour l'application du droit de l'Union européenne, la sécurité juridique offerte par la règle *de minimis*, ou à tout le moins par la communication *de minimis*, est relative. Cette communication relève, on le sait, de la *soft law* et n'a pas valeur contraignante. Dans le système juridictionnel en vigueur lorsqu'elle a été adoptée, cela était moins

problématique compte tenu du rôle central de la Commission dans l'application du droit européen de la concurrence. Le principe de confiance légitime, qui interdit à une institution de s'écarter des indications données aux administrés, suffisait à donner à la communication la force obligatoire qui lui faisait défaut. Mais le système de la communication *de minimis* n'a pas été revu depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003²², qui organise un partage des compétences entre la Commission, les autorités de concurrence et juridictions nationales pour l'application du droit européen. Un règlement d'exemption par catégorie est obligatoire dans tous ces éléments : mais quelle portée accorder à la communication, surtout lorsque le droit national d'application concurrente recourt aux mêmes seuils tout en reconnaissant à l'autorité nationale l'opportunité des poursuites ?

20. C'est à l'occasion de l'affaire *Expédia/SNCF.com* que la question a été soulevée²³. Devant la Cour d'appel, les entreprises condamnées invoquaient une autre définition du marché que celle retenue par le Conseil, devant les conduire en deçà des seuils de la communication *de minimis*. Elles soutenaient que le Conseil de la concurrence, qui avait appliqué l'article 81 CE, devait nécessairement, en vertu du règlement (CE) n° 1/2003, appliquer la règle *de minimis* dès lors que les seuils visés dans la communication de la Commission européenne, identiques à ceux de l'article L. 464-6-1, n'étaient pas atteints. À cette argumentation, la Cour d'appel de Paris²⁴ répond en trois temps. Tout d'abord, l'application de la règle *de minimis* n'est en droit français qu'une faculté pour l'Autorité. Ensuite, si la Commission s'est engagée à ne pas poursuivre les accords *de minimis*, sa communication précise qu'elle est dépourvue de force contraignante à l'égard des juridictions et autorités des États membres (point 4). Enfin, l'article 3.2 du règlement (CE) n° 1/2003 interdisant l'application du droit national de la concurrence à des d'accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 CE, n'interdirait pas aux Autorités nationales de poursuivre des pratiques "ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, § 1, du traité et de L. 420-1 du Code de commerce, quand bien même les entreprises auteurs de ces pratiques rempliraient les critères

19 G. Canivet *et al.*, La modernisation du droit de la concurrence, *LGDJ*, 2006.

20 CA Paris, 26 octobre 2004, *Fédération départementale de la boulangerie-pâtisserie de La Marne*, LawLex200400003046JBJ.

21 Cons. conc., déc. n° 04-D-63 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des activités annexes des stations-service, LawLex200500003803JBJ.

22 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil 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 janvier 2003, p. 1.

23 Cons. conc., déc. n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, LawLex20090000204JBJ. Les deux entreprises ont été sanctionnées pour avoir mis en place un accord de coopération favorisant leur filiale commune et produisant des effets sur le segment de marché émergent de la vente de voyages de loisir en ligne. Le Conseil rejette l'application de la communication *de minimis* du fait d'un dépassement des seuils de parts de marché sur le marché qu'il a retenu (§224 et s.).

24 CA Paris, 23 février 2010, *Expédia*, RG 2009-05544, LawLex20100000231JBJ.

susceptibles d'autoriser une exemption de poursuite en application de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce."

21. La doctrine a souligné la maladresse de la rédaction et le fait que la solution ignorait totalement la règle de convergence, dès lors que la règle *de minimis* est un élément de qualification²⁵. À la demande d'Expedia, la Cour de cassation a décidé de poser à la Cour de justice une question préjudicielle²⁶. Une autorité nationale de concurrence peut-elle poursuivre, sur le fondement de l'article 101 TFUE et de son droit national, une pratique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres même si elle n'atteint pas les seuils fixés dans la communication *de minimis* ?

22. Selon la Cour de justice, la communication est dépourvue de force contraignante à l'égard des autorités et juridictions nationales²⁷. Le point 4 du texte l'affirme lui-même expressément : « *dépourvue de force contraignante ... la présente communication...* ». De même, au point 2, la Commission précise que sa définition du caractère sensible d'une restriction ne signifie pas nécessairement que les accords qui dépassent les seuils fixés restreignent sensiblement le jeu de la concurrence. En effet, il résulte de la jurisprudence de la Cour que les seuils *de minimis* ne constituent que des indices parmi d'autres pour déterminer le caractère sensible ou non d'une restriction de concurrence. La teneur de l'accord, les objectifs qu'il vise à atteindre, le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère, la nature des biens ou des services affectés, ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché en question, constituent autant d'éléments d'appréciation. En outre, la communication vise uniquement à exposer la manière dont la Commission appliquera elle-même l'article 101 TFUE en tant qu'autorité de la concurrence de l'Union. Si le texte limite la liberté de la Commission, il se borne en revanche à donner de simples indications aux juridictions et autorités des États membres. En conclusion, une autorité nationale de concurrence peut bien appliquer l'article 101 à un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres, même s'il n'atteint pas les seuils fixés par la Communication *de minimis*, sous réserve toutefois qu'il constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de cet article.

23. Même si elle était attendue compte tenu des conclusions de l'Avocat général dans cette affaire, la solution donnée par la Cour de justice n'est guère satisfaisante en termes de sécurité juridique. Si l'on s'en tient à la solution de l'arrêt, une même entreprise risque d'être moins bien traitée si son affaire est soumise à une juridiction ou une autorité nationale qu'à la Commission. L'insécurité juridique est multiple. Au niveau des autorités et juridictions nationales, les seuils *de minimis* n'offrent aucune sécurité. Il en va de même des cas d'exclusion de la communication *de minimis* qui correspondent aux restrictions caractérisées des règlements

d'exemption puisque la Cour conclut de façon plus large que les seuils de parts de marché définis dans la communication sont dénués de pertinence en présence d'un objet anticoncurrentiel. En définitive, le seul élément de sécurité juridique réside, pour les entreprises, dans le règlement restrictions verticales, qui exempte de l'application de l'article 101 les accords conclus entre entreprises détenant des parts de marché inférieures à 30 %. Mais là encore, une inégalité apparaît, puisque les parties à un accord horizontal ne disposent pas d'une telle zone de sécurité.

24. La communication *de minimis* a plus de dix ans. De nombreuses règles modernisant le droit de la concurrence ont par la suite été adoptées. Si certaines des questions posées par la règle depuis l'arrêt *Völk* n'ont pas changé, l'actualité qui entoure la communication *de minimis* montre qu'une réflexion de refonte et de mise en cohérence avec les règles nationales devrait être entreprise, pour que la sécurité juridique des entreprises soit mieux garantie. Les accords verticaux sont largement couverts par le règlement (UE) n° 330/2010 adopté il y a maintenant deux ans, mais reconduisant pour l'essentiel les règles précédentes. Le temps n'est-il pas venu d'un règlement général sur les restrictions horizontales ? ■

²⁵ L. Idot, Seuil de sensibilité et articulation avec le droit national, *Europe* n° 7, juillet 2011, comm. 260.

²⁶ Cass. com., 10 mai 2011, arrêt n° 466 FS-D.

²⁷ CJUE, 13 décembre 2012, C-226/11, LawLex201200002445BJ.

Accords *de minimis*: Faut-il les sanctionner ?

REFLEXIONS ECONOMIQUES SUR L'INTERET ET L'EFFICACITE DES REGLES *DE MINIMIS*

Gildas DE MUIZON

Directeur associé de *Microeconomix*

I. Intérêt d'une règle *de minimis* dans le cadre de l'approche par les effets

1. Les conséquences pratiques de la généralisation de l'approche par les effets

1. Les autorités de concurrence ont adopté une démarche pragmatique cherchant à déterminer les effets des pratiques sur le marché. À la différence de l'approche formaliste qui repose sur l'établissement d'une liste de pratiques interdites, l'approche par les effets consiste à caractériser les pratiques anticoncurrentielles par leurs effets. La théorie économique justifie une telle approche, car elle démontre que deux pratiques de natures similaires (par exemple une pratique d'échange d'informations entre concurrents) peuvent être à

l'origine d'effets très différents en fonction notamment du contexte dans lequel elles sont mises en œuvre (fonctionnement concurrentiel du marché, caractéristiques de la demande, structure de l'offre, etc.).

2. Ainsi, à l'exception des cartels et de quelques restrictions verticales, les autorités de concurrence examinent les pratiques mises en œuvre par les entreprises, afin de déterminer les effets qu'elles ont pu produire sur le marché. Il s'agit de mener une analyse économique permettant de déterminer si elles se traduisent par un effet sensible de restriction de la concurrence. Bien évidemment, cette instruction est coûteuse pour la société, car des moyens financiers importants sont nécessaires à la réalisation des analyses permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle par ses effets.

3. La généralisation de l'approche par les effets conduit donc à réaliser des arbitrages entre les coûts administratifs de caractérisation de l'infraction éventuelle, les bénéfices attendus de l'arrêt des pratiques qui se révéleraient anticoncurrentielles et les coûts des erreurs de jugement.

4. Cela conduit notamment les autorités de la concurrence à chercher à minimiser les coûts administratifs de caractérisation des pratiques anticoncurrentielles, en mettant en œuvre des tests économiques¹ tels que le test du profit sacrifié ou de l'absence de sens économique, le test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace ou le test de l'impact négatif sur le bien-être des consommateurs. La mise en œuvre de ces tests peut permettre une caractérisation simplifiée, donc moins coûteuse, de certaines pratiques. Autrement dit, il s'agit de réaliser un arbitrage entre les coûts administratifs de mise en œuvre d'un test économique et la fiabilité de la caractérisation qu'il permet (*i.e.*, le coût des erreurs de jugement, de type I lorsqu'une pratique est condamnée à tort ou de type II lorsqu'une pratique anticoncurrentielle n'est pas condamnée).

2. L'intérêt d'une règle *de minimis* pour la société dans son ensemble

5. La mise en œuvre d'une règle *de minimis* correspond à un autre arbitrage : celui entre le coût administratif de caractérisation de la pratique et le bénéfice de l'arrêt d'une pratique susceptible d'être anticoncurrentielle.

6. Ainsi, dans une optique de maximisation du surplus collectif, il n'est pas souhaitable de consacrer des ressources publiques à l'instruction de pratiques peu susceptibles de restreindre la concurrence de façon sensible. Une règle *de minimis* consiste à définir un critère permettant d'identifier les situations dans lesquelles une pratique donnée ne constitue pas une restriction sensible de concurrence, et ainsi d'économiser le coût de son instruction. Par exemple, imaginons qu'une

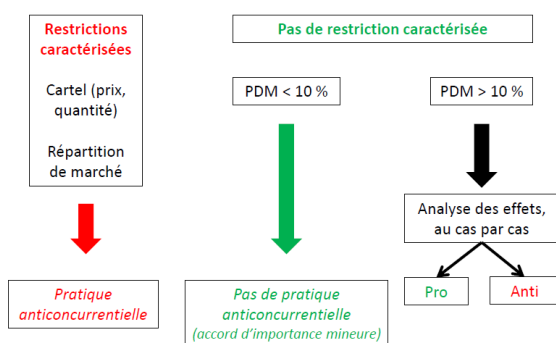
¹ Pour une présentation détaillée des tests économiques de preuve, v. G. de Muizon, Les tests de preuve économiques permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle, *Concurrences* n° 4-2012, n° 49238, pp. 25-28.

pratique donnée se traduise par une atteinte de 100 au bien-être des consommateurs dans 1 cas sur 100 (*i.e.*, dans 99 % des cas, la pratique n'a pas d'effet anticoncurrentiel). Si le coût d'instruire chaque dossier est supérieur à 1, par exemple égal à 2, il est préférable de ne pas y consacrer de ressources : le bénéfice espéré de l'arrêt de la pratique est en effet égal à 1 ($1/100 * 100$) et donc inférieur au coût d'instruction.

7. La communication de la Commission européenne (2001) retient des seuils de part de marché, tout comme le droit français (article 24 de l'ordonnance 2004-274). Ces seuils sont différents selon que la pratique constitue un accord horizontal (*i.e.*, entre entreprises concurrentes) ou un accord vertical.

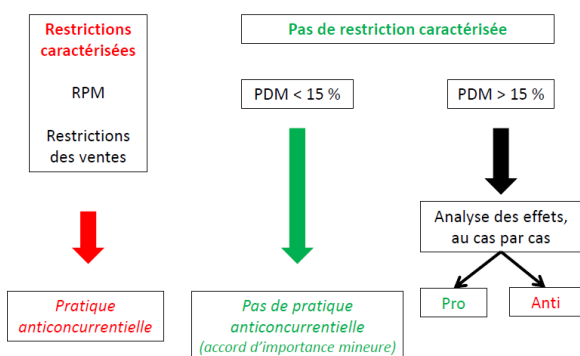
8. Pour les accords verticaux, la règle *de minimis* s'applique dès lors que la part de marché cumulée des parties à l'accord n'excède pas 10 % et que l'accord ne comporte aucune restriction caractérisée (cartel sur les prix ou les volumes, entente de répartition de marché, etc.).

Figure 1 : Règle *de minimis* pour les accords horizontaux



9. Pour les accords verticaux, la règle *de minimis* s'applique dès lors que la part de marché de chacune des parties à l'accord n'excède pas 15 % et que l'accord ne comporte aucune restriction caractérisée (prix de vente imposé, restrictions des ventes, etc.).

Figure 2 : Règle *de minimis* pour les accords verticaux



3. L'intérêt d'une règle *de minimis* pour les entreprises

10. Pour les entreprises, l'intérêt d'une règle *de minimis* est d'offrir une zone de sécurité (*safe harbor*) dans laquelle les parties à l'accord ne doivent pas craindre de commettre une infraction au droit de la concurrence.

11. En outre, l'application d'une règle *de minimis* permet aux entreprises de ne pas avoir à établir les conditions cumulatives d'exemption (*v.* le tableau 1, qui met en évidence que l'intérêt concerne essentiellement les accords horizontaux). Autrement dit, il s'agit d'une règle plus simple à évaluer *ex ante*, donc susceptible d'offrir davantage de sécurité juridique aux entreprises.

Tableau 1 : Comparaison des conditions d'exemption et de la condition d'application de la règle *de minimis*

	Règle <i>de minimis</i>	Conditions cumulatives d'exemption
Accord horizontal	PDM < 10 %	<ul style="list-style-type: none"> – Existence de gains d'efficacité – Restrictions nécessaires à leur réalisation – Gains transmis aux consommateurs – Pas d'élimination de la concurrence sur une partie substantielle du marché
Accord vertical	PDM < 15 %	PDM < 30 %

II. Les limites d'une règle *de minimis*

12. Cependant, plusieurs éléments compromettent l'efficacité des règles *de minimis*. La prévisibilité qu'elles offrent est d'une part sensiblement dégradée par l'adoption de seuils exprimés en part de marché, qui nécessitent en effet la définition préalable du marché pertinent. L'efficacité des règles *de minimis* est d'autre part compromise par la multiplication des exceptions.

1. Les difficultés soulevées par une règle *de minimis* fondée sur un seuil de part de marché

13. Une règle *de minimis* fondée sur un seuil de part de marché impose d'estimer au préalable la part de marché des parties à l'accord. Or, pour calculer une part de marché, il faut d'abord délimiter les frontières du marché pertinent.

14. En théorie, il existe des méthodes rigoureuses de délimitation des marchés pertinents, tels que le test du monopoleur hypothétique. Cependant, ces approches sont difficiles à mettre en œuvre et requièrent la collecte d'importantes quantités de données. En pratique, on observe d'ailleurs que l'Autorité de la concurrence s'appuie essentiellement sur un raisonnement qualitatif et factuel pour établir les frontières du marché pertinent.

15. Bien souvent, les délimitations retenues heurtent l'appréciation que portent les professionnels sur leurs marchés et il est parfois difficile d'anticiper la délimitation susceptible d'être finalement retenue par l'Autorité de la concurrence : intégrera-t-elle l'ensemble des canaux de distribution ou exclura-t-elle la vente en ligne ? Considérera-t-elle que les activités gérées en régie n'exercent pas une pression concurrentielle suffisamment forte sur les opérateurs privés pour en tenir compte dans le calcul des parts de marché ? Calculera-t-elle la part de marché d'un fournisseur de produits sous marque de distributeurs sur un marché restreint aux marques de distributeurs ou sur un marché intégrant également les marques nationales ?

16. En l'absence d'une délimitation fiable et prévisible des marchés pertinents, l'adoption d'un seuil de part de marché comme règle *de minimis* n'améliore finalement guère la sécurité juridique. S'il est nécessaire de mener au préalable une analyse économique approfondie permettant de délimiter rigoureusement le marché pertinent, on perd une grande partie de l'intérêt d'une règle *de minimis* qui résidait précisément dans la définition d'un seuil permettant d'éviter de consacrer des ressources à l'examen de situations peu susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels significatifs.

2. Les exceptions à l'application de la règle *de minimis*

17. L'efficacité des règles *de minimis* peut également être compromise par la multiplication des exceptions offrant la possibilité à l'autorité de concurrence de ne pas appliquer la règle *de minimis* à certaines situations particulières.

18. La communication de 2001 prévoit ainsi l'abaissement à 5 % des seuils de part de marché "lorsque la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords de vente". Mais comment une entreprise peut-elle savoir à l'avance si l'accord qu'elle conclut participe à un tel effet ? Faire dépendre

l'application de la règle *de minimis* du comportement d'entreprises extérieures à l'accord étudié limite fortement la sécurité juridique qu'elle est susceptible de garantir aux entreprises.

19. Autre exemple, les conclusions récentes de l'avocat général dans l'affaire *Expedia*² suggèrent que les règles *de minimis* ne devraient pas s'appliquer aux pratiques dont l'objet anticoncurrentiel est établi, tout en précisant que les restrictions caractérisées ne constituent pas la liste des pratiques ayant un objet anticoncurrentiel. L'économiste est perplexe sur la notion juridique d'objet anticoncurrentiel et sur ses implications en termes de standard de preuve : une pratique anticoncurrentielle par objet est censée produire des effets anticoncurrentiels de façon tellement évidente que l'autorité de concurrence n'a pas besoin de les mettre en évidence... En outre, il est difficile d'anticiper quelles pourraient être les pratiques qui ne constitueraient pas des restrictions caractérisées, mais qui seraient néanmoins anticoncurrentielles par objet. À nouveau, ces exceptions à la règle *de minimis* compromettent l'une de leurs raisons d'être, à savoir définir une zone de sécurité pour les entreprises, au sein de laquelle elles ne doivent pas craindre de commettre une infraction au droit de la concurrence.

III. Conclusion

20. Finalement, on peut se demander s'il ne serait pas préférable que les règles *de minimis* soient fondées sur des seuils exprimés en chiffre d'affaires. Cela présenterait plusieurs avantages : mesure plus fiable qu'une part de marché et facilement calculable par les entreprises, meilleure cohérence avec l'arbitrage entre les coûts administratifs d'instruction et les bénéfices liés à l'arrêt des pratiques anticoncurrentielles, seuil bénéficiant davantage aux PME, dont on peut penser qu'elles sont moins armées pour évaluer la compatibilité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence.

21. En tout état de cause, pour être efficace, une règle *de minimis* devrait être fondée sur un critère simple et facile à appréhender par les entreprises. ■

² "Le fait de ne pas appliquer les seuils minimaux de parts de marché aux accords ayant un objet anticoncurrentiel ne se justifie pas seulement d'un point de vue juridique, mais également au regard de la politique de concurrence." V. les conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott, présentées le 6 septembre 2012, Affaire C-226/11, Expedia Inc. contre, Autorité de la concurrence.