



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} JULIANE KOKOTT
présentées le 6 septembre 2012¹

Affaire C-226/11

**Expedia Inc.
contre
Autorité de la concurrence e.a.**

[demande de décision préjudicielle formée par la Cour de cassation (France)]

«Concurrence — Article 81 CE — Restriction sensible du jeu de la concurrence — Appréciation du caractère sensible des restrictions de concurrence 'par objet' — Communication 'de minimis' de la Commission (communication sur les accords d'importance mineure) — Non-dépassement des seuils de parts de marché prévus dans la communication de minimis — Pouvoir des autorités nationales de la concurrence d'appliquer néanmoins l'article 81 CE et d'infliger des sanctions — Règlement (CE) n° 1/2003 — Article 3, paragraphe 2»

I – Introduction

1. Les communications adoptées par la Commission européenne dans le domaine du droit de la concurrence sont-elles contraignantes pour les juridictions et autorités nationales de la concurrence? Telle est, en substance, la question à laquelle la Cour est confrontée en l'espèce. Cette question se pose en rapport avec la communication «de minimis»² (également connue sous le nom de «communication sur les accords d'importance mineure»), laquelle précise les circonstances dans lesquelles la Commission considère que le jeu de la concurrence est sensiblement restreint au sens de l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE).

2. C'est la Cour de cassation (France)³ qui, saisie d'un litige opposant l'agence de voyages en ligne Expedia Inc. à l'Autorité de la concurrence⁴, a posé cette question. Expedia avait créé une entreprise commune avec la Société nationale des chemins de fer français (ci-après la «SNCF») pour la vente de billets de train et d'autres services relatifs aux voyages. Grâce à cette collaboration, Expedia a obtenu un accès privilégié au site Internet «voyages-sncf.com» créé par la SNCF, si bien qu'elle a bénéficié pour ses services d'un traitement préférentiel dont les autres agences de voyages étaient privées. Considérant que cet accord restreignait illégalement le jeu de la concurrence en violant à la fois l'article 81 CE et la disposition de droit national correspondante, l'Autorité de la concurrence a infligé des amendes à Expedia et à la SNCF.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (JO 2001, C 368, p. 13, ci-après la «communication de minimis»).

3 — Note sans objet dans la version française des présentes conclusions.

4 — Anciennement Conseil de la concurrence.

3. Les parties au litige au principal sont avant tout divisées quant à la question de savoir si l'accord litigieux conclu entre Expedia et la SNCF a entraîné une restriction sensible du jeu de la concurrence au sens de l'article 81 CE. Expedia affirme que le seuil de parts de marché de 10 % défini dans la communication de minimis n'a pas été atteint, si bien que l'Autorité de la concurrence n'aurait pas dû conclure à une restriction sensible du jeu de la concurrence.

4. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation souhaite savoir si les autorités nationales peuvent, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003⁵, considérer que le jeu de la concurrence est sensiblement restreint même si ledit seuil de 10 % n'est pas dépassé. La juridiction suprême française souligne notamment que, d'après les constatations de fait établies dans le litige au principal, l'accord litigieux conclu entre Expedia et la SNCF avait non seulement un effet, mais également un objet anticoncurrentiel.

5. La réponse à la question préjudicielle permettra à la Cour de contribuer de manière déterminante à préciser la marge de manœuvre dont les juridictions et les autorités nationales de la concurrence disposeront à l'avenir dans le cadre de l'application de l'article 101 TFUE. Cette affaire offre en outre l'occasion de préciser, aussi bien au niveau de l'Union qu'au niveau national, les conditions à remplir pour qu'une restriction de la concurrence par objet puisse être constatée. Ces deux points ont une importance non négligeable pour le bon fonctionnement du système décentralisé de mise en œuvre du droit des ententes, établi par le règlement n° 1/2003.

II – Le cadre juridique

A – Le droit de l'Union

6. Comme la décision litigieuse du Conseil de la concurrence a été adoptée au mois de février 2009, la question préjudicielle doit être examinée sur la base des règles prévoyant l'interdiction des accords anticoncurrentiels (ou «règles prohibant les ententes») dans leur version applicable avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Au niveau du droit de l'Union, la présente affaire est régie par l'article 81, paragraphe 1, CE et par le règlement n° 1/2003 adopté pour sa mise en œuvre. Nos propos relatifs à l'article 81 CE sont cependant tout aussi transposables à l'article 101 TFUE, cité par la juridiction de renvoi.

7. En ce qui concerne le rapport entre l'article 81 CE et les droits nationaux de la concurrence, l'article 3 du règlement n° 1/2003 dispose notamment:

«1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81 [CE] susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 [CE] à ces accords, décisions ou pratiques concertées. [...]

2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées 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, paragraphe 1, [CE] ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, [CE] ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, [CE]. [...]

5 — Règlement 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 2003, L 1, p. 1).

[...]»

8. S'agissant de la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres, l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 énonce:

«La Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration.»

9. Il convient également de mentionner, à titre complémentaire, les explications contenues aux considérants 1, 6, 8, 14, 15, 22 et 34 du règlement n° 1/2003:

«(1) Pour établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché [intérieur], il y a lieu de pourvoir à l'application efficace et uniforme des articles 81 et 82 du traité dans [l'Union européenne]. [...]

[...]

(6) Pour assurer l'application efficace des règles [...] de concurrence [de l'Union], il y a lieu d'y associer davantage les autorités de concurrence nationales. À cette fin, celles-ci doivent être habilitées à appliquer le droit [de l'Union].

[...]

(8) Afin de garantir la mise en œuvre effective des règles [...] de concurrence [de l'Union] ainsi que le bon fonctionnement des mécanismes de coopération prévus par le présent règlement, il est nécessaire de faire obligation aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres d'appliquer les articles 81 [CE] et 82 [CE], lorsqu'elles appliquent des règles nationales de concurrence, aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Afin de créer au sein du marché intérieur des conditions de concurrence homogènes pour les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées, il est également nécessaire de définir [...] les rapports entre les législations nationales et le droit [de l'Union] en matière de concurrence. À cet effet, il faut prévoir que l'application du droit national de la concurrence aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, [CE] ne peut pas entraîner l'interdiction de ces accords, décisions et pratiques concertées s'ils ne sont pas également interdits en vertu du droit [...] de la concurrence [de l'Union]. [...]

[...]

(14) Il peut également être utile, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public [de l'Union] le requiert, que la Commission adopte une décision de nature déclaratoire constatant l'inapplication de l'interdiction énoncée par l'article 81 [CE] ou 82 [CE], et ce, afin de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente dans [l'Union], en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou de pratiques au sujet desquels la jurisprudence et la pratique administrative existantes ne se sont pas prononcées.

(15) Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles [...] de concurrence [de l'Union] en étroite coopération. [...]

[...]

- (22) Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application uniforme des règles de concurrence [de l'Union] dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions. [...]

[...]

- (34) Les principes énoncés aux articles 81 [CE] et 82 [CE] [...] confient aux organes de [l'Union] une place centrale qu'il convient de maintenir, tout en associant davantage les États membres à l'application des règles [...] de concurrence [de l'Union]. [...]»

10. En l'espèce, il convient également de tenir compte de la communication de minimis, adoptée par la Commission en 2001. Cette communication énonce notamment ce qui suit:

«[...]

2. Dans la présente communication, la Commission quantifie au moyen de seuils de part de marché, ce qui ne constitue pas une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81 [CE]. [...]

[...]

4. La Commission n'engagera pas de procédure sur demande ou d'office dans les cas qui sont couverts par la présente communication. Lorsque des entreprises estiment de bonne foi qu'un accord est couvert par la présente communication, la Commission n'infligera pas d'amende. Bien que dépourvue de force contraignante à leur égard, la présente communication entend aussi donner des indications aux juridictions et autorités des États membres pour l'application de l'article 81 [CE].

[...]

6. La présente communication ne préjuge pas l'interprétation de l'article 81 [CE] qui pourrait être donnée par la Cour de justice ou le Tribunal [...].

[...]

7. La Commission considère que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, [CE]:

- a) si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés (accords entre concurrents) [...]

[...]

[...]

11. Les points 7, 8 et 9 ne s'appliquent pas aux accords contenant l'une quelconque des restrictions caractérisées (ci-après dénommées 'restrictions flagrantes') suivantes [...]

[...]»

B – *Le droit français*

11. Parmi les dispositions pertinentes du droit français, il convient tout d'abord de mentionner l'article L. 420-1 du code de commerce qui, pour l'essentiel, interdit les ententes de la même manière que l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE) au niveau de l'Union.

12. Par ailleurs, l'article L. 464-6-1 du code de commerce reprend les seuils définis par la communication de minimis et laisse le soin à l'Autorité de la concurrence de décider si la procédure doit être mise en œuvre en cas d'accords d'importance mineure⁶. Ainsi, si les seuils de parts de marché mentionnés dans la communication de minimis ne sont pas atteints par les entreprises parties à l'accord, l'Autorité de la concurrence peut décider de ne pas poursuivre la procédure.

III – Les faits et le litige au principal

13. Dans le dessein de développer la vente de billets de train et de voyages sur Internet, la SNCF s'est mise à la recherche d'un partenaire expérimenté. Son choix s'est porté sur Expedia, une société de droit américain spécialisée dans la vente de voyages sur Internet. En septembre 2001, la SNCF et Expedia ont conclu plusieurs accords pour sceller leur coopération et créé une filiale commune, GL Expedia, qui a changé de dénomination en 2004 pour devenir Agence Voyages-sncf.com (Agence VSC). Le site Internet «voyages-sncf.com», jusqu'alors dédié à l'information, à la réservation et à la vente de billets de train sur Internet, a depuis lors hébergé l'activité de cette société commune et s'est transformé pour offrir, outre ses prestations initiales, une activité d'agence de voyages en ligne.

14. À la suite d'une plainte de plusieurs entreprises concurrentes, l'Autorité de la concurrence a constaté, par décision n° 09-D-06 du 5 février 2009, que la SNCF et Expedia avaient mis en œuvre des pratiques d'entente prohibées par les articles 81 CE et L. 420-1 du code de commerce. Selon les indications de la juridiction de renvoi, l'autorité de la concurrence a considéré que la pratique concertée de la SNCF et d'Expedia avait un objet anticoncurrentiel. À titre de sanction, elle a infligé à Expedia une amende de 500 000 euros et à la SNCF une amende de 5 000 000 euros.

15. Dans la procédure administrative devant l'Autorité de la concurrence, Expedia a fait valoir, en substance, que les seuils prévus par la communication de minimis de la Commission ainsi que les limites équivalentes prévues à l'article L. 464-6-1 du code de commerce n'étaient pas atteints en raison d'une prétendue erreur de calcul⁷. En l'absence d'une part de marché de 10 %, Expedia estime que, puisque la communication de minimis prescrit les conditions dans lesquelles le jeu de la concurrence est sensiblement restreint au sens de l'article 81 CE, l'autorité nationale de la concurrence n'aurait pas dû lui infliger de sanction en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003. Selon Expedia, le droit national de la concurrence ne doit pas être plus strict que le droit de l'Union sur ce point.

16. L'Autorité de la concurrence a rejeté ces arguments au motif que la SNCF et Expedia étaient concurrentes sur le marché affecté des services en ligne d'agences de voyages de loisirs et qu'elles détenaient plus de 10 % des parts de ce marché. Elle a également déclaré que l'accord conclu entre la SNCF et Expedia avait un objet anticoncurrentiel.

6 — Sous réserve que ladite procédure ne concerne pas un contrat passé en application du code des marchés publics.

7 — Selon Expedia, le Conseil de la concurrence n'aurait pas dû, lors du calcul de la part de marché, retenir la part de marché réalisée au moyen de l'ensemble du site Internet (le marché affecté étant celui des services en ligne d'agences de voyages de loisirs). Elle considère, au contraire, que l'entreprise commune, à savoir l'Agence VSC, n'a réalisé qu'une part de 20 % du volume d'affaires de ce site.

17. Expedia a alors saisi la cour d'appel de Paris pour contester la décision de l'Autorité de la concurrence. La cour d'appel de Paris n'a pas directement abordé la question du calcul des parts de marché de l'Agence VSC sur le marché en cause. Dans son arrêt du 23 février 2010, elle indique, en référence au verbe «pouvoir» employé à l'article L. 464-6-1 du code de commerce, que la poursuite et la répression des ententes est également possible lorsque les seuils de parts de marché ne sont pas atteints. Pour autant que les conditions de l'article 81 CE sont remplies (ce que ladite cour d'appel a admis en l'espèce), l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 ne s'oppose pas non plus, selon cette juridiction, à ce qu'une amende soit infligée.

18. À la suite du pourvoi en cassation formé par Expedia contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, l'affaire se trouve désormais entre les mains de la juridiction de renvoi, à savoir la Cour de cassation⁸.

IV – La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

19. Par arrêt du 10 mai 2011, reçu par la Cour le 16 mai 2011, la Cour de cassation a sursis à statuer et déferé à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 101, paragraphe 1, TFUE et l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une pratique d'accords, de décisions d'associations d'entreprises, ou de concertation qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission européenne dans sa communication du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne (de minimis), soit poursuivie et sanctionnée par une autorité nationale de concurrence sur le double fondement de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et du droit national de la concurrence?»

20. Ont présenté des observations écrites à la Cour Expedia, l'Autorité de la concurrence, le gouvernement français, l'Irlande, les gouvernements italien et polonais, la Commission et l'Autorité de surveillance AELE. Ces mêmes parties ont également pris part à l'audience du 27 juin 2012, à l'exception de l'Irlande et des gouvernements italien et polonais.

V – Appréciation

21. Pour résoudre cette affaire, il convient de se baser sur l'article 3 du règlement n° 1/2003. Cette disposition établit un lien étroit entre le droit des ententes de l'Union et celui des États membres⁹. Si les règles nationales prohibant les ententes sont appliquées à un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres, l'article 3, paragraphe 1, première phrase, du règlement n° 1/2003 impose de lui appliquer également, en parallèle, l'article 81 CE¹⁰.

22. En outre, lorsque le droit des ententes de l'Union et celui d'un État membre s'appliquent en parallèle, l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 garantit la primauté des principes supérieurs du droit des ententes de l'Union. En somme, les accords entre entreprises ne peuvent être prohibés par le droit national que s'ils le sont également en vertu du droit de l'Union¹¹. Le droit national de la concurrence ne doit donc pas produire des résultats plus stricts que l'article 81 CE.

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Arrêt du 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, point 77).

10 — Point 78 de nos conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Toshiba Corporation e.a. (précité à la note 9).

11 — Considérant 8 du règlement n° 1/2003.

23. Étant donné qu'il résulte d'une jurisprudence constante que seuls les accords entre entreprises¹² qui ont pour objet ou pour effet de restreindre de manière *sensible* le jeu de la concurrence peuvent être poursuivis et réprimés au titre de l'article 81 CE¹³, l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 commande que le critère de restriction sensible soit également observé lorsque, comme en l'espèce, le droit des ententes de l'Union et celui d'un État membre s'appliquent en parallèle devant les autorités et juridictions nationales.

24. Dans ce cadre, la Cour de cassation souhaite savoir si, pour apprécier le caractère sensible d'une restriction du jeu de la concurrence, les autorités nationales doivent nécessairement s'inspirer des critères édictés au niveau de l'Union dans la communication de minimis. Il importe notamment à la Cour de cassation de savoir si une autorité nationale peut considérer que le jeu de la concurrence est sensiblement restreint lorsque l'accord qui lui est soumis présente un objet anticoncurrentiel sans toutefois atteindre les seuils de parts de marché définis dans la communication de minimis.

25. Parmi les parties à la procédure qui ont présenté des observations à la Cour, seule Expedia soutient que les juridictions et autorités nationales de la concurrence sont liées par les seuils de parts de marché de la communication de minimis, y compris lorsque l'accord en cause présente un objet anticoncurrentiel. Les autres gouvernements et autorités ayant pris part à la procédure considèrent, en revanche, que la communication de minimis ne lie pas les autorités nationales. Certains d'entre eux soutiennent en outre qu'il n'est pas nécessaire d'examiner concrètement le critère de restriction sensible lorsque des poursuites sont engagées contre un accord dont l'objet est anticoncurrentiel.

A – Absence d'effet juridique contraignant de la communication de minimis

26. Comme la Cour l'a déclaré dans un contexte différent, les communications adoptées par la Commission dans le domaine du droit européen de la concurrence ne produisent pas d'effet juridique contraignant pour les autorités et juridictions nationales¹⁴. Ainsi en va-t-il également, en l'espèce, de la communication de minimis et des seuils de parts de marché qui y sont définis. Cela résulte non pas seulement du libellé de cette communication, mais également de sa finalité et du contexte de son adoption.

27. À lui seul, le libellé de la communication de minimis montre indubitablement que celle-ci exprime uniquement l'opinion juridique de la Commission¹⁵ et est «dépourvue de force contraignante»¹⁶ à l'égard des autorités et juridictions nationales. Elle est d'ailleurs également dépourvue de force contraignante à l'égard des juridictions de l'Union puisqu'elle dispose clairement que son contenu «ne préjuge pas»¹⁷ l'interprétation de l'article 81 CE qui pourrait être donnée par la Cour ou le Tribunal.

12 — Dans un souci de simplification, nous renonçons, dans le cadre des présentes conclusions, à mentionner les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées qui font également l'objet de l'article 81 CE. Nos propos s'appliquent mutatis mutandis à ces notions.

13 — Arrêts du 30 juin 1966, LTM (56/65, Rec. p. 337, 360); du 9 juillet 1969, Völk (5/69, Rec. p. 295, point 7); du 6 mai 1971, Cadillon (1/71, Rec. p. 351, point 9); du 25 novembre 1971, Béguelin Import (22/71, Rec. p. 949, point 16); du 28 avril 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983, point 12); du 28 mai 1998, Deere/Commission (C-7/95 P, Rec. p. I-3111, point 77); du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax et Administración del Estado (C-238/05, Rec. p. I-11125, point 50), ainsi que du 2 avril 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Rec. p. I-2437, point 68).

14 — Arrêt du 14 juin 2011, Pfeiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161, point 21). Voir également, en ce sens, arrêts du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 209: les communications adoptées par la Commission ne peuvent pas être qualifiées de règle de droit), ainsi que du 29 septembre 2011, Arkema/Commission (C-520/09 P, Rec. p. I-8901, point 88: les lignes directrices publiées par la Commission n'énoncent que des règles de conduite).

15 — Voir, notamment, points 2 («[...] la Commission quantifie [...]»), 7 («La Commission considère [...]») et 9 («La Commission estime aussi [...]») de la communication de minimis.

16 — Point 4, dernière phrase, de la communication de minimis.

17 — Point 6 de la communication de minimis.

28. Il résulte également de l'objectif poursuivi par la communication de minimis que le contenu de celle-ci n'a pas un caractère contraignant. En adoptant cette communication, la Commission souhaitait uniquement exposer de manière transparente la manière dont elle applique l'article 81 CE¹⁸ et fournir des indications et des éléments d'interprétation utiles aux entreprises opérant sur le marché intérieur ainsi qu'aux autorités et juridictions nationales¹⁹.

29. Cette impression se confirme lorsqu'on tient compte du contexte dans lequel la communication de minimis s'inscrit. La Commission a adopté cette communication non pas dans l'exercice de son pouvoir normatif, mais en sa qualité d'autorité de la concurrence de l'Union. D'une part, elle donne des explications sur sa pratique et, d'autre part, elle fournit une recommandation ou un avis général en matière de concurrence dans le cadre de la responsabilité qui lui incombe de maintenir et de développer un régime de concurrence non faussée dans le marché intérieur européen²⁰. La Commission est habilitée à émettre de tels recommandations ou avis en vertu des dispositions combinées de l'article 85 CE et de l'article 211, deuxième tiret, CE (qui correspondent aujourd'hui, respectivement, aux articles 105 et 292, quatrième phrase, TFUE)²¹.

30. De tels recommandations ou avis sont toutefois dénués de force contraignante [article 249, cinquième alinéa, CE (devenu article 288, cinquième alinéa, TFUE)]. Les dispositions contraignantes qui visent à mettre en œuvre les règles de concurrence prévues dans les traités européens peuvent uniquement être adoptées par le Conseil de l'Union européenne sous la forme de règlements et de directives [article 83 CE (devenu article 103 TFUE)]²². Les seuls règlements que la Commission peut adopter dans ce domaine – et encore, avec l'autorisation du Conseil – sont ceux qui prévoient des exemptions en bloc pour certaines catégories d'accords [article 85, paragraphe 3, CE (devenu article 105, paragraphe 3, TFUE)].

31. Indépendamment de ce qui précède, il est vrai que la Commission a, en vertu de l'article 10 du règlement n° 1/2003, le pouvoir d'adopter, dans des cas exceptionnels, des décisions de nature déclaratoire pour constater l'inapplicabilité de l'article 81 CE. Toutefois, de telles décisions ne peuvent concerner que des cas isolés («un accord»), en particulier pour ce qui concerne les nouveaux types d'accords ou de pratiques²³. Toute autre déclaration formulée de manière générale dans le domaine de la concurrence – comme les propos exprimés dans la communication de minimis sur les restrictions sensibles du jeu de la concurrence – excéderait le champ d'application de l'article 10 du règlement n° 1/2003.

32. La publication de la communication de minimis dans la série C du *Journal officiel des Communautés européennes* montre en outre que la Commission ne souhaitait pas adopter de dispositions contraignantes dans le cadre de cette communication. Contrairement à la série L du *Journal officiel des Communautés européennes*, la série C a en effet pour objet de publier non des actes juridiquement contraignants, mais seulement des informations, des recommandations et des avis concernant l'Union²⁴.

18 — Point 4, première et deuxième phrases, de la communication de minimis.

19 — Point 4, dernière phrase, de la communication de minimis.

20 — Sur l'importance des règles européennes de la concurrence pour le fonctionnement du marché intérieur, voir arrêts du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Rec. p. I-3055, point 36), ainsi que du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan* (C-453/99, Rec. p. I-6297, point 20), et, en ce qui concerne l'état du droit depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, Rec. p. I-527, point 20).

21 — Sur le rôle de la Commission en ce qui concerne la définition de la politique de la concurrence de l'Union, voir arrêt de principe du 14 décembre 2000, *Masterfoods et HB* (C-344/98, Rec. p. I-11369, point 46, première phrase).

22 — S'agissant des aides d'État, voir, dans le même sens, article 89 CE (devenu article 109 TFUE).

23 — Considérant 14 du règlement n° 1/2003 et arrêt du 3 mai 2011, *Tele2 Polska* (C-375/09, Rec. p. I-3055, point 25).

24 — Arrêt du 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa* (C-410/09, Rec. p. I-3853, point 35).

33. Enfin, le principe de légalité des peines (*nulla poena sine lege*), reconnu par le droit de l'Union²⁵, ne nous oblige pas à considérer la communication de minimis comme une norme juridique contraignante. Contrairement à ce qu'Expedia semble penser, la communication de minimis ne constitue pas, en tant que telle, la base légale en vertu de laquelle les autorités de la concurrence peuvent agir contre les accords anticoncurrentiels. L'interdiction des ententes en droit de l'Union est en effet déjà consacrée au niveau du droit primaire par l'article 81 CE, c'est-à-dire dans une disposition du traité qui produit des effets directs tant au profit qu'au détriment des entreprises²⁶. Les sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence découlent, quant à elles, de la loi nationale²⁷.

34. À la lumière de l'ensemble de ces considérations, il convient donc de considérer que la communication de minimis n'a pas pour vocation, en soi, de produire des effets juridiques contraignants.

B – La communication de minimis fournit de simples indications sur l'application de l'article 81 CE (article 101 TFUE)

35. Bien que, comme nous venons de le voir, la communication de minimis ne produise pas d'effets juridiques contraignants, il serait incorrect de lui dénier toute portée juridique dans les procédures en matière d'ententes²⁸. Les publications telles que la communication de minimis ont en effet un caractère de «soft law» dont il convient de ne pas sous-estimer l'importance dans les procédures en matière d'ententes, que ce soit au niveau européen ou au niveau national.

36. S'agissant des procédures administratives en matière d'ententes au niveau de l'Union, il est établi dans la jurisprudence que la Commission s'impose des obligations à elle-même lorsqu'elle adopte des communications exposant sa pratique. Il s'agit de règles de conduite dont la Commission ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner de raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement²⁹. Une telle autolimitation résulte également de la communication de minimis, dans la mesure où la Commission y indique expressément qu'elle «n'engagera pas de procédure sur demande ou d'office»³⁰ à l'égard des accords d'importance mineure. En outre, la Commission déclare qu'elle n'infligera pas d'amende lorsque des entreprises estiment de bonne foi qu'un accord est couvert par la communication de minimis³¹.

37. S'agissant des procédures en matière d'ententes au niveau national, la communication de minimis entend expressément donner des «indications» aux juridictions et autorités nationales sur l'application de l'article 81 CE, même si elle est «dépourvue de force contraignante à leur égard»³². De telles indications sont essentielles au bon fonctionnement du système décentralisé de mise en œuvre du droit des ententes, tel qu'établi par le règlement n° 1/2003³³. Elles contribuent à l'objectif fondamental

25 — Voir, d'une part, article 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que, d'autre part, arrêts du 7 janvier 2004, X (C-60/02, Rec. p. I-651, point 63); du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Rec. p. I-3633, point 49), et du 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta/Commission* (C-352/09 P, Rec. p. I-2359, point 80).

26 — Jurisprudence constante résultant notamment des arrêts du 30 janvier 1974, *BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (127/73, Rec. p. 51, points 15 à 17); *Courage et Crehan* (précité à la note 20, point 23); du 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.* (C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619, points 39, 58 et 59), ainsi que du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.* (C-8/08, Rec. p. I-4529, points 49 et 50).

27 — Voir, également, article 5, premier alinéa, dernier tiret, du règlement n° 1/2003.

28 — Voir, en ce sens, arrêt *Dansk Rørindustri e.a./Commission* (précité à la note 14, point 211, dernière phrase).

29 — Arrêts *Dansk Rørindustri e.a./Commission* (précité à la note 14, points 209 à 211); du 21 septembre 2006, *JCB Service/Commission* (C-167/04 P, Rec. p. I-8935, points 207 et 208); *Arkema/Commission* (précité à la note 14, point 88), ainsi que du 8 décembre 2011, *KME Germany e.a./Commission* (C-272/09 P, Rec. p. I-12789, point 100). S'agissant du droit des aides d'État, voir, dans le même sens, arrêt du 5 octobre 2000, *Allemagne/Commission* (C-288/96, Rec. p. I-8237, point 62). En dehors du droit de la concurrence, voir, également, arrêt du 1^{er} décembre 1983, *Blomefield/Commission* (190/82, Rec. p. 3981, point 20).

30 — Point 4, première phrase, de la communication de minimis.

31 — Point 4, deuxième phrase, de la communication de minimis.

32 — Point 4, dernière phrase, de la communication de minimis.

33 — Voir également, à cet égard, considérants 6 et 34 du règlement n° 1/2003.

qui consiste à assurer dans toute la mesure du possible une application efficace et uniforme des articles 81 CE et 82 CE (devenus articles 101 TFUE et 102 TFUE) dans l'ensemble de l'Union³⁴. Elles favorisent en même temps la création de conditions de concurrence homogènes au sein du marché intérieur («level playing field»)³⁵ tout en augmentant la sécurité juridique pour les entreprises concernées³⁶. C'est d'ailleurs à juste titre qu'Expedia, entre autres, a souligné ce point.

38. Le rôle prépondérant de la Commission dans le développement de la politique européenne de concurrence, bien établi dans le système instauré par le règlement n° 1/2003³⁷, perdrait de sa force si les autorités et juridictions des États membres ignoraient purement et simplement une communication adoptée par la Commission dans le domaine de la concurrence. Il résulte donc de l'obligation de coopération loyale imposée à l'ensemble des autorités nationales [article 10 CE (devenu article 4, paragraphe 3, TFUE)]³⁸ que, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés par le règlement n° 1/2003, les autorités et juridictions nationales doivent dûment prendre en considération les communications adoptées par la Commission dans le domaine de la concurrence, notamment la communication de minimis³⁹.

39. Même si, aux fins de l'appréciation juridique des accords conclus en matière de concurrence, la communication de minimis ne saurait prévoir de quelconques prescriptions contraignantes pour les juridictions et les autorités nationales de la concurrence, celles-ci doivent néanmoins examiner l'opinion que la Commission y exprime au sujet des restrictions sensibles de la concurrence et fournir des motifs susceptibles d'être vérifiés par les tribunaux, dès lors qu'elles décident de s'écarter de cette opinion⁴⁰.

40. Certes, il n'en découle pas une interdiction pour les juridictions et autorités nationales de la concurrence d'engager une procédure contre les accords qui n'atteignent pas les seuils minimaux de parts de marché prévus par la Commission.

41. En effet, les parts de marché ne sont qu'un des nombreux indices quantitatifs et qualitatifs qui permettent de déterminer si un accord entre entreprises entraîne ou non une restriction sensible du jeu de la concurrence. Comme le gouvernement italien l'a indiqué à juste titre, il importe de prendre en compte, outre les parts de marché réalisées par les entreprises en cause, l'intégralité du contexte économique et juridique dans lequel l'accord concerné s'inscrit⁴¹.

34 — Voir préambule du règlement n° 1/2003, notamment considérants 1 et 22. L'importance d'une mise en œuvre efficace des articles 81 CE et 82 CE (devenus articles 101 TFUE et 102 TFUE) a aussi récemment été soulignée dans plusieurs arrêts, parmi lesquels ceux du 11 juin 2009, X (C-429/07, Rec. p. I-4833, points 33 à 35), ainsi que du 7 décembre 2010, VEBIC (C-439/08, Rec. p. I-12471, points 59 et 61).

35 — Considérant 8 du règlement n° 1/2003 ainsi que point 169 de nos conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission e.a. (C-550/07 P, Rec. p. I-8301), et point 118 de nos conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Toshiba Corporation e.a. (précité à la note 9).

36 — Considérant 22 du règlement n° 1/2003 et point 36 des conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 7 septembre 2006, Vulcan Silkeborg (C-125/05, Rec. p. I-7637).

37 — Arrêt Masterfoods et HB (précité à la note 21, point 46, première phrase). Voir, également, considérant 34 du règlement n° 1/2003 qui souligne le rôle central des institutions de l'Union dans la mise en œuvre des principes énoncés aux articles 81 CE et 82 CE.

38 — Sur la portée du principe de coopération loyale entre les États membres et les institutions de l'Union dans le cadre de la politique de concurrence, voir, notamment, arrêts Masterfoods et HB (précité à la note 21, point 56); du 11 juin 2010, X (précité à la note 34, point 21), ainsi que Tele2 Polska (précité à la note 23, point 26). L'importance d'une coopération étroite entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence est en outre soulignée à l'article 11, paragraphe 1, et dans le préambule du règlement n° 1/2003 (notamment considérants 8 et 15).

39 — S'agissant d'une recommandation de la Commission, voir, dans le même sens, arrêt du 13 décembre 1989, Grimaldi (C-322/88, Rec. p. 4407, points 18 et 19).

40 — De tels motifs peuvent être fournis soit au cas par cas, soit sous la forme d'une communication exposant la pratique de l'autorité nationale de la concurrence.

41 — Voir, en ce sens, arrêts Cadillon (précité à la note 13, point 8); du 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission (96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 25); du 12 septembre 2000, Pavlov e.a. (C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 91); du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, Rec. p. I-8637, points 16 et 21); T-Mobile Netherlands e.a. (précité à la note 26, point 27), ainsi que du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Rec. p. I-9419, point 35).

42. Par ailleurs, l'autorité ou la juridiction compétente doit pouvoir réagir de manière efficace aux problèmes particuliers d'ordre national ou régional qui peuvent se produire en matière de concurrence sur les différents marchés des États membres. C'est d'ailleurs à juste titre que l'Autorité de la concurrence a indiqué dans la procédure devant la Cour qu'il peut y avoir des différences objectives dans la pratique de poursuite des autorités de la concurrence, même si l'ensemble de ces autorités font partie du réseau européen de concurrence (REC)⁴² et doivent étroitement coopérer entre elles⁴³.

43. Par conséquent, les juridictions et autorités nationales de la concurrence sont libres d'engager des procédures contre des accords qui n'atteignent pas les seuils de la communication de minimis, à condition qu'elles aient dûment examiné les indications fournies par la Commission dans cette communication et que, dans l'affaire en cause, des indices autres que les parts de marché réalisées par les entreprises concernées laissent à penser que le jeu de la concurrence a été restreint de manière sensible.

C – Absence d'incidence des seuils minimaux de parts de marché sur l'appréciation des accords ayant un objet anticoncurrentiel

44. Il convient encore d'examiner le poids que les autorités et juridictions nationales doivent accorder aux indications qui découlent pour elles de la communication de minimis en termes de seuils de parts de marché lorsque les accords entre entreprises ont un objet anticoncurrentiel. Selon les indications de la juridiction de renvoi, il est en effet établi que l'accord litigieux conclu entre Expedia et la SNCF a un objet anticoncurrentiel⁴⁴, même si, devant la Cour, Expedia, le gouvernement français et la Commission ont exprimé des doutes à ce sujet.

45. Dans ce contexte, il convient de déterminer s'il est possible de considérer, en vertu de la communication de minimis, que le jeu de la concurrence est restreint de manière sensible lorsque l'accord en cause poursuit un objet anticoncurrentiel sans pour autant dépasser les seuils de parts de marché définis par la Commission. Comme on a pu notamment le constater lors de l'audience, une clarification de la jurisprudence de la Cour sur ce point serait tout particulièrement souhaitable.

46. Il convient tout d'abord de remarquer que l'absence de caractère contraignant d'un acte de la Commission (comme c'est le cas de la communication de minimis) n'empêche pas la Cour de procéder à son interprétation dans le cadre d'une procédure préjudicielle au titre de l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE⁴⁵.

42 — En anglais: European Competition Network (ECN).

43 — Sur ce réseau, voir considérant 15 du règlement n° 1/2003.

44 — Dans sa décision de renvoi, la Cour de cassation indique expressément au sujet de l'accord conclu entre Expedia et la SNCF que «le Conseil de la concurrence a retenu, sans être contesté, que la pratique avait eu un objet anticoncurrentiel».

45 — Voir, en ce sens, arrêt Grimaldi (précité à la note 39, points 8 et 9) au sujet d'une affaire portant sur le droit du travail. Dans l'arrêt du 2 avril 2009, Lodato Genaro & C. (C-415/07, Rec. p. I-2599), la Cour a également interprété des lignes directrices non contraignantes de la Commission dans le cadre d'un renvoi préjudiciel concernant des aides d'État.

47. Le contenu de la communication de minimis se base sur la jurisprudence de la Cour en vertu de laquelle l'interdiction des ententes prévue à l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE) ne couvre que les restrictions *sensibles* du jeu de la concurrence⁴⁶. Dans la jurisprudence de la Cour, cette constatation fondamentale s'applique aussi bien aux accords ayant un objet anticoncurrentiel qu'à ceux ayant un effet anticoncurrentiel⁴⁷. En d'autres termes, l'exigence d'une restriction sensible du jeu de la concurrence vaut, en principe, aussi bien pour les restrictions par objet que pour les restrictions par effet.

48. Cela n'implique cependant pas que la question de la *preuve du caractère sensible d'une restriction* est soumise aux mêmes exigences dans chacun des deux cas. Au contraire, ces exigences diffèrent selon que l'accord en cause présente un objet anticoncurrentiel ou produit uniquement un effet anticoncurrentiel.

49. Ce n'est, en effet, que si aucun indice suffisant ne permet d'établir l'existence d'un objet anticoncurrentiel qu'il est nécessaire de prouver, en application de l'article 81, paragraphe 1, CE, que l'accord produit concrètement des effets anticoncurrentiels. S'il est établi, en revanche, que l'accord a un objet anticoncurrentiel, il n'est plus nécessaire, en vertu de la jurisprudence, de prouver que l'accord produit des effets négatifs sur la concurrence. Dans un tel cas, il suffit d'établir que l'accord est concrètement apte à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur⁴⁸.

50. Ces différences en matière de preuve s'expliquent par le fait que les restrictions de concurrence par objet peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence⁴⁹. Il est notoire que les accords présentant un objet anticoncurrentiel sont préjudiciables à la société⁵⁰. Il est difficile de considérer que ces accords constituent des infractions d'importance mineure. Il convient donc de partir du principe que les entreprises qui concluent un accord dont l'objet est anticoncurrentiel visent systématiquement à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence, quelle que soit l'importance de leurs parts de marché ou de leur chiffre d'affaires.

46 — Voir, à cet égard, jurisprudence citée à la note en bas de page 13 des présentes conclusions.

47 — Arrêts *Völk* (précité à la note 13, point 7) ainsi que *Cadillon* (précité à la note 13, points 9 et 10) concernant des contrats de concession de vente exclusive prévoyant une protection territoriale absolue, c'est-à-dire des contrats dont l'objet était anticoncurrentiel. Voir, également, arrêts du 24 octobre 1995, *Bayerische Motorenwerke* (C-70/93, Rec. p. I-3439, point 18), et *Pedro IV Servicios* (précité à la note 13, point 68) qui utilisent tous deux l'expression «[...] a pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun [...]».

48 — Arrêt *T-Mobile Netherlands e.a.* (précité à la note 26, points 28 à 31). Voir, également, arrêts du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission* (56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496); *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (précité à la note 41, points 15 et 16); du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 55); du 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, Rec. p. I-9083, point 135); *KME Germany e.a./Commission* (précité à la note 29, point 65), ainsi que *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (précité à la note 41, point 34).

49 — Arrêts *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (précité à la note 41, point 17) ainsi que *T-Mobile Netherlands e.a.* (précité à la note 26, point 29).

50 — Voir, sur l'ensemble de cette question, points 42 à 47 de nos conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *T-Mobile Netherlands e.a.* (précité à la note 26) ainsi que point 136 des conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 janvier 2007, *Dalmine/Commission* (C-407/04 P, Rec. p. I-829).

51. Dans sa communication de minimis, la Commission ne doit pas contredire ces règles qui résultent directement de l'article 81 CE⁵¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la communication de minimis exclut l'application des seuils de parts de marché pour certaines «restrictions flagrantes»⁵². Comme la Commission l'a elle-même concédé lors de l'audience devant la Cour, la communication de minimis n'énumère cependant pas de manière limitative l'ensemble des accords dont l'objet est anticoncurrentiel⁵³.

52. 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. En effet, les seuils de parts de marché, tels que ceux prévus dans la communication de minimis, sont censés créer une sécurité juridique. Ils forment une zone de sécurité (en anglais: «safe harbour») au sein de laquelle les entreprises parties à un accord ne doivent pas craindre de commettre une infraction au droit des ententes. Un tel traitement préférentiel saurait difficilement profiter à des entreprises qui concluent un accord dont l'objet est anticoncurrentiel. Dans le cas contraire, les entreprises dont les parts de marché sont inférieures aux seuils définis dans la communication de minimis seraient invitées à renoncer à une concurrence efficace entre elles et à conclure des ententes en violation des principes fondamentaux du marché intérieur. Le gouvernement polonais, notamment, a souligné ce point à juste titre.

53. Dans l'ensemble, il convient de conclure que les seuils de parts de marché définis dans la communication de minimis sont dénués de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si des accords poursuivant un objet anticoncurrentiel entraînent une restriction sensible du jeu de la concurrence. L'Autorité de la concurrence, le gouvernement français, l'Irlande ainsi que le gouvernement italien ont souligné ce point à juste titre. Au cours de l'audience devant la Cour, la Commission s'est elle aussi rangée, pour l'essentiel, à cette opinion.

54. Il est vrai que, dans des arrêts isolés, la Cour a déclaré que les règles prohibant les ententes ne devaient pas non plus s'appliquer à des accords poursuivant un objet anticoncurrentiel lorsque ceux-ci «n'affecte[nt] le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause»⁵⁴. Il convient cependant de ne pas interpréter cette jurisprudence en ce sens que le caractère sensible des restrictions de concurrence par objet devrait s'apprécier au regard de seuils de parts de marché et, encore moins, au regard des seuils définis pour l'examen des restrictions sensibles de concurrence par effet⁵⁵. Une telle interprétation aurait pour conséquence de gommer de manière inadmissible la différence fondamentale qui existe entre les restrictions de concurrence par objet et les restrictions de concurrence par effet.

51 — S'agissant des communications adoptées par la Commission en matière d'aides d'État, voir, en ce sens, arrêts Allemagne/Commission (précité à la note 29, point 62) ainsi que du 11 septembre 2008, Allemagne e.a./Kronofrance (C-75/05 P et C-80/05 P, Rec. p. I-6619, points 65 et 66).

52 — Point 11 de la communication de minimis.

53 — Ainsi, la Cour a considéré, dans l'arrêt T-Mobile Netherlands e.a. (précité à la note 26, notamment points 32 à 39), que l'échange d'informations sensibles sur les prix entre concurrents poursuivait un objet anticoncurrentiel. Il serait à la rigueur possible de considérer qu'une telle pratique constitue une «restriction flagrante» au sens de la communication de minimis si l'on interprétait de manière particulièrement extensive les «accords» qui, «indirectement», ont pour objet «la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers» [point 11, paragraphe 1, sous a), de la communication de minimis].

54 — Arrêts Völk (précité à la note 13, point 7) et Cadillon (précité à la note 13, point 9).

55 — Les propos de la Cour dans l'arrêt Völk (précité à la note 13, point 7) doivent être replacés dans le contexte de l'époque où les parts de marché étaient inférieures à 1 %.

55. Cela explique d'ailleurs pourquoi la Cour, même dans des affaires où des parts de marché relativement faibles étaient nettement inférieures au «seuil de minimis» de 10 % en cause en l'espèce, n'a pas hésité à considérer que la concurrence avait été sensiblement restreinte, dans la mesure où, par leur comportement, les entreprises concernées avaient poursuivi un objet anticoncurrentiel⁵⁶. Dans certains arrêts, la Cour et le Tribunal n'ont même pas exigé d'indices concrets prouvant une restriction sensible du jeu de la concurrence, dès lors qu'il était établi que l'accord poursuivait un objet anticoncurrentiel⁵⁷.

56. Tout cela permet de conclure que la preuve d'une restriction sensible de la concurrence par objet ne doit en aucun cas être soumise à des exigences plus élevées que celle de l'affectation sensible du commerce entre États membres dans le cadre de la disposition de l'article 81, paragraphe 1, CE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE)⁵⁸.

57. S'il est donc établi, comme en l'espèce, qu'un accord ayant un objet anticoncurrentiel est apte à affecter de manière sensible le commerce entre États membres⁵⁹, force est de conclure que cet accord est également apte à empêcher, restreindre ou fausser de manière sensible le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur.

VI – Conclusion

58. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit à la question posée par la Cour de cassation:

- 1) L'article 81, paragraphe 1, CE et l'article 3, paragraphe 2, du 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 doivent être interprétés en ce sens que l'autorité de la concurrence d'un État membre peut considérer comme anticoncurrentiel et poursuivre et réprimer à ce titre un accord entre entreprises, même si les seuils de parts de marché définis par la Commission européenne dans sa communication de minimis ne sont pas atteints, à condition toutefois que l'autorité nationale ait dûment pris en considération cette communication et prouve par d'autres moyens que ledit accord a pour objet ou pour effet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence.
- 2) Ladite communication doit être interprétée en ce sens que les seuils de parts de marché qui y sont définis sont dénués de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si des accords poursuivant un objet anticoncurrentiel entraînent une restriction sensible du jeu de la concurrence.

56 — Arrêts du 1^{er} février 1978, *Miller International Schallplatten/Commission* (19/77, Rec. p. 131, point 7 lu en combinaison avec les points 9 et 10); du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commission* (100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 82 lu en combinaison avec les points 3 et 4), ainsi que du 25 octobre 1983, *AEG-Telefunken/Commission* (107/82, Rec. p. 3151, point 43 lu en combinaison avec le point 58).

57 — Dans la jurisprudence de la Cour, il convient notamment de citer les arrêts LTM (précité à la note 13, p. 361, point 3 du dispositif); *Deere/Commission* (précité à la note 13, point 75); *Beef Industry Development Society et Barry Brothers* (précité à la note 41, point 15), ainsi que *Football Association Premier League e.a.* (précité à la note 48, points 135 et 136), dans lesquels le critère de la restriction sensible est exclusivement mentionné au regard des *effets* anticoncurrentiels de l'accord en cause, et non de son *objet* anticoncurrentiel. Dans la jurisprudence du Tribunal, voir, par exemple, arrêts du 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Commission* (T-44/00, Rec. p. II-2223, points 129 à 131); *Dalmine/Commission* (T-50/00, Rec. p. II-2395, point 225); *JFE Engineering e.a./Commission* (T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, Rec. p. II-2501, points 383 et 384), ainsi que du 8 juillet 2008, *BPB/Commission* (T-53/03, Rec. p. II-1333, point 90, dernière phrase).

58 — Il ressort de la jurisprudence qu'il convient de considérer que le commerce entre États membres est sensiblement affecté même lorsque la part de marché est nettement inférieure à 10 % – une part de marché de 5 % suffisant en général à cet effet [voir arrêts *Miller International Schallplatten/Commission* (précité à la note 56, point 9); *Musique Diffusion française e.a./Commission* (précité à la note 56, point 86 lu en combinaison avec le point 82), ainsi que *AEG-Telefunken/Commission* (précité à la note 56, points 56 à 58)]. Dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO 2004, C 101, p. 81), la Commission prend également en compte un seuil de parts de marché de 5 % parmi les nombreux critères visant à quantifier le caractère sensible de l'affectation du commerce (voir, notamment, point 52 de ces lignes directrices).

59 — L'aptitude de l'accord conclu entre Expedia et la SNCF à affecter le commerce entre États membres constitue l'hypothèse de départ ayant donné lieu au renvoi et à la question préjudiciels.