

# LA RÈGLE *DE MINIMIS* DANS LE DROIT EUROPÉEN ÉCONOMIQUE : UN CONCEPT, DES EXPRESSIONS DIVERGENTES

PAR

Lennard MICHAUX<sup>1</sup>

*Doctorant à l'université catholique de Louvain  
(Institute for Consumer, Competition and Market)*

## INTRODUCTION

« *De minimis non curat lex.* » Cet adage classique exprime l'idée clé que chaque situation n'est pas, de son propre chef, digne d'être traitée par la loi ou le juge. Il existe alors un certain seuil, déterminant l'éventuelle gravité d'un cas spécifique. Dans le droit européen économique, une multitude de mesures et principes existent, basés sur ce même *ratio*. L'impact de ces règles *de minimis* sur le champ du droit de l'Union européenne n'est pas à sous-estimer. Cependant, les seuils *de minimis* ne sont de manière générale étudiés qu'en isolation, à savoir dans le contexte de leur domaine d'origine.

Cette contribution offrira dès lors une perspective englobante. Dans un premier temps, les différentes règles *de minimis* du droit européen économique seront étudiées. Cette vue d'ensemble mettra particulièrement en valeur deux éléments : (i) l'origine du principe *de minimis* spécifique et (ii) la manière dont le *de minimis* restreint concrètement le champ d'application du domaine. Ensuite, un exercice de classification sera réalisé, achevé par une réflexion générale par rapport à l'impact des règles *de minimis* sur le champ d'application du droit de l'Union européenne.

## I. ARTICLE 101 TFUE : LA SENSIBILITÉ DE LA RESTRICTION

L'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose que « tous accords entre entreprises [...] susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » sont interdits. En lisant cette disposition isolément, il semble que même un effet mineur sur la concurrence suffise pour l'application de cette disposition.

<sup>1</sup> Master of Laws (LLM), University of Chicago.

Cependant, en 1966, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà établi que « la restriction à la concurrence ne serait cependant pas un concept purement théorique<sup>2</sup> ». Une des conséquences concrètes de cette constatation – exprimée dans l'arrêt *Völk* – est devenue une référence classique dans l'analyse des pratiques restrictives. En effet, la Cour de justice a déclaré qu'un accord peut échapper à cette interdiction « lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché<sup>3</sup> ». Depuis lors, l'exigence d'un effet sensible sur la concurrence est devenue classique dans le cadre de l'article 101 TFUE<sup>4</sup>.

Tenant compte seulement des arrêts de la Cour de justice, la règle *de minimis* de l'article 101 TFUE semble une norme assez vague (une « restriction sensible »). Toutefois, immédiatement après l'arrêt *Völk* (1969), la Commission a publié une communication en 1970<sup>5</sup>. Ce document visait à donner une interprétation suffisamment claire du seuil *de minimis*, afin que « les entreprises puissent elles-mêmes apprécier si les accords passés [...] ne tombent pas sous les dispositions de l'article 85 paragraphe 1, du fait de leur importance mineure<sup>6</sup> ».

Cette communication a été modifiée à plusieurs reprises (en 1986, 1997, 2001 et en 2014). Les seuils actuels sont les suivants : (i) pour les accords entre concurrents, la part de marché cumulée maximale est de 10 % ; (ii) pour les accords entre non-concurrents, la part de marché maximale de chaque entreprise participante est de 15 % ; et (iii) si la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords, les seuils précédents sont abaissés à 5 %<sup>7</sup>.

Outre le jeu d'ensemble plutôt technique des seuils, la portée de la communication *de minimis* a également été influencée par plusieurs interventions de la Cour de justice. En raison de son impact académique et pratique, l'arrêt *Expedia*<sup>8</sup> en particulier mérite quelques réflexions. Les questions préjudicielles tournaient autour de deux points :

- i) Un premier point était l'impact de la communication sur la pratique des autorités nationales de la concurrence lorsqu'elles appliquent les règles de concurrence de l'UE. Étant donné que certaines des parties avaient affirmé devant le juge national que les seuils de la communication n'étaient pas atteints, un possible caractère contraignant de ce document pourrait être crucial. Dans son arrêt, la Cour de justice a néanmoins fortement

2 CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm*, aff. 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, p. 345.

3 CJCE, 9 juillet 1969, *Voelk c/ Vervaecke*, aff. 5/69, ECLI:EU:C:1969:35, pt 7.

4 R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 8<sup>e</sup> éd., 2015, p. 148.

5 Communication de la Commission, du 27 mai 1970, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 § 1 du traité instituant la C.E.E. (« Communication *de minimis* 1970 »), JOCE n° C 64, 2 juin 1970, p. 1-2 ; pour la version actuelle, cf. Commission européenne, *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (« Communication *de minimis* »), JOUE n° C 291, 30 août 2014, p. 1-4.

6 Communication *de minimis* 1970, pt 1, § 3.

7 Communication *de minimis*, pt 5.

8 CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia*, aff. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795.

limité la portée de la communication en déclarant que « l'autorité d'un État membre peut prendre en considération les seuils [...] sans pour autant être obligée de s'y tenir<sup>9</sup> ».

ii) Une seconde question soulevée était la pertinence de la communication pour les « restrictions par objet ». Les restrictions par objet sont des accords qui s'avèrent préjudiciables à la concurrence « par leur nature même ». La Cour de justice est parvenue à la conclusion que ce type de restriction devait être exclu de la sphère de sécurité créée par la communication *de minimis*<sup>10</sup>.

Ce deuxième point de l'arrêt *Expedia* semble contredire l'arrêt *Völk*, étant donné que la restriction en cause en 1969 était clairement une restriction par objet. Ce point a donc causé un véritable débat académique<sup>11</sup>. À notre avis, cela constitue un exemple de l'interaction entre le *de minimis* général (« effet sensible ») et les seuils spécifiques de la communication. Même si ces derniers ne peuvent pas être appliqués aux restrictions par objet, l'idée générale selon laquelle les restrictions doivent avoir un effet sensible sur la concurrence reste pertinente<sup>12</sup>. Si les parts de marché des parties sont très faibles (c'est-à-dire nettement inférieures aux seuils de la communication *de minimis*), les restrictions par objet peuvent donc toujours échapper à l'interdiction de l'article 101 TFUE à cause de la règle *de minimis* générale.

## II. ARTICLE 102 TFUE : LE RÔLE DES PARTS DE MARCHÉ ET LA SENSIBILITÉ DE L'ABUS

En ce qui concerne l'interdiction de l'abus de position dominante de l'article 102 TFUE, une règle *de minimis* pourrait jouer à deux niveaux de l'analyse : (i) lors de l'établissement d'une position dominante et (ii) concernant la sensibilité de l'abus.

Regardant le premier élément, une véritable règle *de minimis* n'existe pas pour établir la position dominante d'une entreprise. Toutefois une version allégée de ce principe pourrait apparaître lorsqu'on étudie le rôle des parts de marché. La Cour de justice a en effet confirmé dès *Hoffmann-La Roche* que « des

<sup>9</sup> *Ibid.*, pt 31.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pt 37. Cette conclusion par la Cour de justice a obligé la Commission à amender sa communication *de minimis* en 2014. Depuis lors, les restrictions par objet sont explicitement exclues de cette communication, cf. Communication *de minimis*, pt 13.

<sup>11</sup> T. VAN DER VLIJVER, S. VOLLERING, « Understanding appreciability: The European Court of Justice reviews its journey in *Expedia* », *Common Market Law Review*, n° 50, 2013, p. 1133-1144 ; A. O. GONZÁLEZ, « Restrictions by object and the appreciability test: The *Expedia* case, a surprising judgment or a simple clarification? », *European Competition Law Review*, vol. 34, n° 9, 2013, p. 457-465 ; S. KING, « How appreciable is object? The *de minimis* doctrine and Case C-226/11 *Expedia Inc v Autorité de la concurrence* », *European Competition Journal*, vol. 11, n° 1, 2015, p. 1-25 ; B. ZELGER, « By object restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: A clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in *Expedia*? », *European Competition Journal*, vol. 13, n° 2-3, 2017, p. 356-389.

<sup>12</sup> La règle générale concernant la sensibilité de la restriction peut alors jouer un rôle à deux moments dans l'analyse : soit comme une exigence autonome qui doit être testée au début, soit comme un des éléments lors de la qualification comme restriction par objet.

parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante<sup>13</sup> ».

Cette remarque générale est longtemps restée sans suite. En 1991, cependant, dans l'arrêt *AKZO*, la Cour de justice a instauré une présomption de position dominante lorsqu'une entreprise détient une part de marché de 50 % ou plus<sup>14</sup>. Si tel est le cas, une lourde charge de la preuve incombe à l'entreprise. Elle doit en effet fournir des circonstances spécifiques prouvant qu'elle n'a pas atteint une position dominante<sup>15</sup>. Le fait que ce seuil ne fonctionne pas comme une règle *de minimis* absolue est démontré par plusieurs arrêts et décisions dans lesquels tant la Commission que la Cour de justice ont constaté une position dominante, même si la part de marché était inférieure à 50 %<sup>16</sup>.

Comme le soulignent Richard Whish et David Bailey, la Commission, dans ses « Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article [102] », ne fait pas référence à cette présomption *Akzo*<sup>17</sup>. Néanmoins, au point 14, la Commission a établi un seuil de part de marché pour la présomption inverse : « [La Commission] sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante<sup>18</sup>. » Toutefois, le fait qu'elle soit « improbable » ne constitue évidemment pas une exclusion claire, comme certains autres principes *de minimis*. En outre, la Commission elle-même déclare au même point, dans ses « Orientations », que les entreprises dont la part de marché est inférieure à 40 % peuvent toujours être dominantes le cas échéant.

Secondement, à l'instar de l'article 101 TFUE, un *de minimis* pourrait exister concernant la sensibilité de l'abus. Dans son célèbre arrêt *Post Danmark II*, la Cour de justice a pourtant rejeté ce type de critère<sup>19</sup>. Ce refus semble logique lorsqu'on considère l'origine de ce critère dans l'analyse de l'article 101 TFUE. Pour les pratiques restrictives, c'est précisément en raison de la faible position des entreprises qu'un accord pourrait être exclu du champ d'application. Une telle « position faible » est impossible, vu que l'article 102 TFUE ne s'applique qu'au comportement des entreprises dominantes. Certains commentateurs ont cependant fait remarquer – à juste titre – que cela ne signifie pas qu'un abus ne doit pas avoir d'impact anticoncurrentiel, mais qu'il suffit que le comportement soit seulement « susceptible » d'avoir cet effet sur le jeu de

13 CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, pt 41.

14 CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO c/ Commission*, aff. C-62/86, ECLI:EU:C:1991/286, pt 60.

15 Le Tribunal et la Cour de justice ont confirmé cette présomption à plusieurs reprises ; cf., par ex., TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70 ; Trib. UE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, *AstraZeneca c/ Commission*, aff. T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, pt 245 (confirmé par la Cour dans son arrêt du 6 décembre 2012, aff. C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770).

16 CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (confirmation de la position dominante pour une entreprise avec des parts de marché entre 39 % et 45 %).

17 R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 193.

18 Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JOCE n° C 45, 24 février 2009, p. 7-20, pt 14.

19 CJUE, 6 octobre 2015, *Post Danmark II*, aff. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651.

la concurrence. L'impact de ce comportement ne doit donc pas atteindre un seuil minimum<sup>20</sup>.

### III. DROIT DES AIDES D'ÉTAT : DE MINIMIS FORMEL ET FONCTIONNEL

Le droit des aides d'État constitue un autre domaine du droit européen dans lequel il existe un document *de minimis* explicite – le règlement « *de minimis* »<sup>21</sup>. En somme, ce règlement prévoit que les gouvernements peuvent accorder à une entreprise<sup>22</sup> jusqu'à 200 000 euros d'aides d'État, sans que celles-ci relèvent du champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Le grand avantage pratique est que l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE ne devrait donc pas être remplie. Cette règle s'appuie sur un *ratio de minimis* traditionnel, en répondant à « des exigences de simplification administrative tant pour les États membres que pour les services de la Commission, laquelle doit pouvoir concentrer ses ressources sur les cas d'importance réelle au niveau communautaire<sup>23</sup> ». Par conséquent, il existe une présomption selon laquelle les aides inférieures aux seuils fixés ne fausseront pas la concurrence et n'affecteront pas les échanges entre États membres. Ces aides ne relèvent donc pas du champ d'application du droit européen<sup>24</sup>.

Alors qu'au titre de l'article 101 TFUE, la communication *de minimis* est une suite logique de la jurisprudence, la légalité – et donc aussi la base juridique – des aides *de minimis* est plus contestée. En effet, la Cour de justice soutient invariablement qu'« il n'existe pas de seuil ou de pourcentage au-dessous duquel il est possible de considérer que les échanges entre États membres ne sont pas affectés<sup>25</sup> ». Certains auteurs affirment donc que l'ensemble du concept sous-jacent au règlement « *de minimis* » pourrait être déclaré nul<sup>26</sup>. En effet, la Cour de justice peut déclarer ce document incompatible avec son interprétation du droit primaire, ce dernier ayant priorité sur le règlement de la Commission. Le Conseil et la Commission ont conscience de ce risque. Lors de la discussion de la dernière révision du règlement, un relèvement trop important du plafond n'a pas été accepté, de crainte que cela soit à risque d'être incompatible avec la jurisprudence de la Cour de justice.

20 Pour une analyse approfondie sur l'impact de l'arrêt *Post Danmark II* et la sensibilité de l'abus, cf. P. I. COLOMO, « Appreciability and *De Minimis* in Article 102 TFEU », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, n° 10, 2016, p. 651-660.

21 Règlement (UE) n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis (« Règlement *de minimis* »), *JOUE* n° L 352, 24 décembre 2013, p. 1-8.

22 Le règlement, afin de garantir la sécurité juridique et l'efficacité administrative (considérant 4), applique une définition spécifique pour établir ce qui constitue une « entreprise unique », cf. Règlement *de minimis*, article 2, § 2.

23 CJCE, 7 mars 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-310/99, ECLI:EU:C:2002:143, pt 94.

24 A. SINNAEVE, « The Complexity of Simplification: The Commission's Review of the *de minimis* Regulation », *ESTAL*, n° 2, 2014, p. 261.

25 CJUE, 14 janvier 2015, *Eventech*, aff. C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, pt 68.

26 M. BERGHOFER, « The New *De Minimis* Regulation: Enlarging the Sword of Damocles? », *ESTAL*, n° 1, 2007, p. 11-23.

D'un point de vue pratique, cependant, l'aide *de minimis* ne semble pas être en danger. La Cour de justice a en effet déjà eu l'occasion à plusieurs reprises d'examiner le règlement. Même si la question explicite de la validité des seuils n'a jamais été au centre d'un arrêt, le principe *de minimis* a été approuvé par la Cour – au moins implicitement – dans plusieurs arrêts<sup>27</sup>.

Toutefois, il n'est pas totalement exclu qu'un jour, une aide qui coche formellement toutes les cases du règlement « *de minimis* » soit néanmoins considérée par la Cour de justice comme une aide incompatible en raison des caractéristiques spécifiques du cas. Vu la perspective stricte – mais jusqu'à présent théorique – de la Cour de justice, le règlement « *de minimis* » devrait en effet plutôt être considéré comme « une présomption, basée sur l'interprétation et l'expérience de la Commission, qui reste sans doute réfutable dans un cas concret, si un effet sur le commerce ou une distorsion de la concurrence pourrait être démontré<sup>28</sup> ».

Jusqu'à présent, nous avons traité la catégorie de l'aide *de minimis* qui est formellement marquée comme telle. En effet, les gouvernements, lorsqu'ils soutiennent une entreprise avec de l'aide *de minimis*, doivent explicitement déclarer qu'ils font recours au règlement « *de minimis* ». Cette aide est donc explicitement qualifiée comme l'« aide *de minimis* ».

Néanmoins, cela n'exclut pas l'existence de l'aide *de minimis* « fonctionnelle ». Un exemple notoire est la décision *Dorsten* de la Commission<sup>29</sup>. Dans cette décision, une piscine locale recevait une aide publique qui ne tombait pas sous le règlement « *de minimis* ». La Commission, tenant compte du fait que seuls les habitants locaux utilisaient les installations bénéficiant de l'aide, a néanmoins exclu cette aide du champ d'application du droit européen. Ce type de raisonnement, qui n'est pas lié au règlement « *de minimis* », est également repris plus tard par l'avocat général Nils Wahl dans ses conclusions dans l'affaire *Eventech*<sup>30</sup>. En fait, il semble même juridiquement solide qu'une entreprise puisse en même temps bénéficier d'une aide *de minimis* sous le règlement, tout en recevant un soutien qui (à la suite de la décision *Dorsten*) ne devrait même pas être pris en compte, sans que des règles de cumul s'appliquent<sup>31</sup>.

#### IV. LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS : UNE CASCADE DE RÉGIMES LÉGAUX

Le droit des marchés publics est généralement perçu comme un domaine du droit étroitement réglementé, avec des instruments d'harmonisation régissant à la fois le fond et la procédure. Il semble donc presque logique qu'une règle

27 CJCE, 13 février 2003, *Espagne c/ Commission*, aff. C-409/00, ECLI:EU:C:2003:92, pt 69 ; C. GROZEA-KNUTH, « De minimis », dans N. PESARESI, K. VAN DE CASTEELE, L. FLYNN, *et al.* (dir.), *EU Competition Law: State Aid (Volume IV – Book One)*, Deventer, Claeys & Casteels, 2016, p. 378-380.

28 A. SINNAEVE, « The Complexity of Simplification: The Commission's Review of the *de minimis* Regulation », *op. cit.*, p. 262.

29 Décision de la Commission du 21 décembre 2000, N 258/2000, *Allemagne (Piscine de Dorsten)*, JOCE n° C 172, 16 juin 2001, p. 16.

30 Conclusions de l'avocat général N. WAHL, présentées le 24 septembre 2014, dans l'affaire *Eventech*, aff. C-518/13, ECLI:EU:C:2014:2239.

31 C. GROZEA-KNUTH, « De minimis », *op. cit.*, p. 382.

*de minimis* soit en place, afin d'éviter que tout type de contrat ne tombe sous ce cadre strict.

Néanmoins, il ne s'agit pas d'un seuil unique. En fait, trois niveaux de règles coexistent dans le droit des marchés publics. Le type de réglementation qui s'applique dépend de la valeur contractuelle.

Tout d'abord, les directives elles-mêmes prévoient certains seuils monétaires, en fonction du type de contrat en jeu<sup>32</sup>. Si un contrat est évalué au-delà du seuil correspondant, l'ensemble des règles de l'UE deviennent applicables. Cela signifie que la phase d'attribution doit répondre à certaines exigences (concernant, entre autres, les critères de sélection, les critères d'attribution, les délais à respecter), ainsi que certaines exigences lors de l'exécution des contrats. L'idée sous-jacente est que les contrats d'une telle valeur représentent une dimension européenne, c'est-à-dire que les acteurs économiques d'autres États membres pourraient manifester de l'intérêt.

Toutefois, si un gouvernement prévoit de lancer un appel d'offres pour un contrat dont la valeur ne dépasse pas ces seuils, le régime du droit européen général peut entrer en jeu. En effet, la Cour de justice a confirmé à plusieurs reprises que les principes généraux du droit européen doivent être respectés dans certains cas<sup>33</sup>. Cela signifie que, pour un contrat ne satisfaisant pas aux seuils *de minimis* mais avec une possible dimension européenne, les principes tels que la transparence et la non-discrimination doivent tout de même être respectés (par exemple par le respect des mesures de publication). Pour ce deuxième niveau du droit des marchés publics, une règle *de minimis* plus générale est donc d'application, notamment l'intérêt transfrontalier<sup>34</sup>.

L'arrêt qui est souvent évoqué lorsque les principes généraux du droit européen sont appliqués aux marchés publics n'atteignant pas les seuils européens, est *Telaustria*. Néanmoins, le contrat au centre de ce jugement sortait du champ d'application du droit de l'UE, non pas en raison de sa valeur, mais à cause de son objet. En effet, au moment de l'arrêt *Telaustria*, ce type de marché public n'était pas encore réglementé par l'une des directives sur les marchés publics. Malgré cette exclusion, la Cour de justice a jugé que

nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier<sup>35</sup>.

32 Pour les contrats publics classiques, cf. la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* n° L 94, 28 mars 2014, p. 65-242, article 4.

33 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, pt 60.

34 Pour une analyse approfondie, cf. C. Bovis, « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, vol. 49, n° 1, 2012, p. 247-289.

35 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, préc., pt 60.

Même si le principe *Telaustria* a vu le jour dans un contexte différent, depuis lors, la Cour de justice a également suivi ce raisonnement pour les contrats tombant sous les seuils des directives. Des exemples d'arrêts dans lesquels ce principe a été appliqué sont *Medipac-Kazantzidis*<sup>36</sup> et *Correos*<sup>37</sup>. Dans ces deux cas, la Cour de justice a établi que les principes de non-discrimination et de transparence devaient être respectés lors de la conclusion de contrats inférieurs aux seuils, lorsqu'ils présentent toujours un certain intérêt transfrontalier<sup>38</sup>. Plus récemment, la Cour l'a confirmé dans l'affaire *SC Enterprise* :

15. Or, il y a lieu de constater que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives de l'Union européenne portant coordination des procédures de passation des marchés publics s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément dans chacune desdites directives. Ainsi, les règles de ces directives ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil fixé par celles-ci [...]. Partant, l'article 23, paragraphe 8, de la directive 2004/18, qu'il est demandé à la Cour d'interpréter, n'est pas applicable dans le cadre du litige au principal. En effet, la valeur hors TVA du marché public concerné est de l'ordre de 58 600 euros, alors que le seuil pertinent d'application de cette directive, tel que fixé à l'article 7, sous b), de celle-ci, est de 200 000 euros.

16. Il convient toutefois de considérer que la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne relèvent pas du champ d'application de ladite directive est néanmoins soumise aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE, en particulier aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, pour autant que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain eu égard à certains critères objectifs<sup>39</sup>.

Enfin, le régime de l'UE en matière de marchés publics est complété par des règles au niveau national. Celles-ci ont souvent des seuils inférieurs et un régime plus souple que les directives européennes. Toutefois, il est important de noter que le droit des marchés publics est l'un des domaines où les concepts de « *goldplating* » et de « *spill-over* » jouent<sup>40</sup>. En effet, les législateurs nationaux décident parfois volontairement de copier les règles européennes au niveau national. Même si les seuils des directives ne sont pas atteints, et qu'en même temps il n'y a pas de dimension européenne, certaines règles « européennes » peuvent donc s'appliquer.

36 CJCE, 14 juin 2007, *Medipac – Kazantzidis*, aff. C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337.

37 CJCE, 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06, ECLI:EU:C:2007:815.

38 C. Bovis, « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *op. cit.*

39 CJUE, 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, aff. C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, pts 15-16.

40 Sur le sujet du *goldplating*, cf. M. E. COMBA, S. RICETTO, « Implementation of Public Procurement Directives in Italy: After three years, still a long way to be completed », *Public Procurement Law Review*, n° 5, 2018, p. 201-213.



## V. LE DROIT DU MARCHÉ INTÉRIEUR : DES RÈGLES DE MINIMIS CACHÉES

L'existence éventuelle d'une règle *de minimis* dans le droit du marché intérieur est un sujet qui a été largement débattu au cours des années. Au premier abord, cette attention doctrinale pourrait sembler plutôt ironique. En effet, la Cour de justice a constamment et explicitement rejeté un tel principe dans la sphère des libertés fondamentales<sup>41</sup>. Une de ses citations les plus révélatrices est celle de l'arrêt *Corsica Ferries France*, dans lequel elle a déclaré qu'en ce qui concerne le principe de libre circulation, « toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée<sup>42</sup> ». Néanmoins, des commentateurs ont remarqué que des seuils *de minimis* fonctionnels sont déjà applicables dans ce domaine<sup>43</sup>. Les deux cadres de réflexion principaux qui méritent notre attention sont basés sur un critère d'éloignement<sup>44</sup> (A) et l'accès au marché<sup>45</sup> (B).

**A. Trop aléatoire et indirecte**

Un premier type de règle *de minimis* est basé sur une mesure « trop aléatoire et indirecte » pour entraver le commerce entre États membres. À première vue, cela semble contredire la célèbre formule de *Dassonville*, dans laquelle la Cour de justice a défini une mesure d'effet équivalent comme « toute mesure susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire<sup>46</sup> ». Une interprétation textualiste impliquerait donc que le caractère indirect d'une norme ne devrait pas être pris en compte pour le champ d'application des libertés fondamentales.

Cependant, l'arrêt *Krantz* de 1990 a lancé une perspective différente par rapport à cette question<sup>47</sup>. Une entreprise allemande avait vendu plusieurs machines à un acheteur néerlandais. La personne morale néerlandaise a fait faillite, à la suite de quoi les autorités fiscales néerlandaises ont saisi les machines. Ces biens appartenaient encore à Krantz, vu que l'entreprise néerlandaise n'avait pas encore payé le prix total. Le juge national a soulevé la question de savoir si une règle autorisant la saisie pouvait entraver le commerce intracommunautaire, vu que les distributeurs d'un autre État membre pourraient être gênés lorsqu'ils vendent leurs marchandises aux Pays-Bas.

La Cour prend comme point de départ – tout comme nous l'avons fait au début de cette section – la définition de *Dassonville* d'une mesure d'effet équivalent. De cette manière, la Cour de justice garantit qu'il n'existe pas de doute sur la portée de son jugement. En effet, la définition vaste de *Dassonville* reste

41 CJCE, 5 avril 1984, *Van de Haar*, aff. jtes 177/82 et 178/82, ECLI:EU:C:1984:144, pt 14.

42 CJUE, 13 décembre 1989, *Corsica Ferries France c/ Direction générale des douanes*, aff. C-49/89, ECLI:EU:C:1989:649, pt 8.

43 C. BARNARD, « Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw? », *European Law Review*, vol. 26, n° 1, 2001, p. 38.

44 J. HOJNIK, « De Minimis Rule within the EU Internal Market Freedoms: Towards a More Mature and Legitimate Market? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1, 2013, p. 25-45.

45 M. S. JANSSON, H. KALIMO, « De Minimis meets "market access": Transformations in the substance – and the syntax – of EU free movement law? », *Common Market Law Review*, n° 51, 2014, p. 523-558.

46 CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82, pt 5.

47 CJCE, 7 mars 1990, *Krantz c/ Ontvanger der Directe Belastingen*, aff. C-69/88, ECLI:EU:C:1990:97.

toujours valable, mais un seuil supplémentaire est ajouté sur la base d'un raisonnement en deux étapes. Tout d'abord, il est noté que la règle nationale en question « s'applique indistinctement aux biens nationaux et importés et qu'elle n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises avec les autres États membres<sup>48</sup> ». En outre, la Cour de justice estime que l'impact d'une mesure fiscale accordant aux autorités fiscales le pouvoir de saisir certains biens « est trop aléatoire et indirect[t] pour qu'une disposition nationale autorisant une telle saisie puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres<sup>49</sup> ».

Un autre arrêt pertinent, souvent cité par la Cour de justice, est l'arrêt *Peralta*<sup>50</sup>. La législation italienne obligeait les navires transportant certaines substances chimiques à détenir des équipements coûteux, en imposant en même temps des normes plus strictes que celles prescrites par les accords internationaux. Le juge national a demandé à la Cour si, en raison de l'exigence d'instruments coûteux, cela n'entravait pas la libre circulation des marchandises, puisque la conséquence serait que le prix de ces substances augmente. La Cour de justice a simplement déclaré qu'

[i]l suffit sur ce point de constater qu'une législation du type de la législation litigieuse ne fait aucune distinction selon l'origine des substances transportées, qu'elle n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises avec les autres États membres et que les effets restrictifs qu'elle pourrait produire sur la libre circulation des marchandises sont trop aléatoires et trop indirects pour que l'obligation qu'elle édicte puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres<sup>51</sup>.

Toutefois, ce type de seuil ne se limite pas uniquement à la jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises, ni aux arrêts datant de la fin du siècle dernier. Plus récemment, une série d'arrêts a été rendue par la Cour de justice, dans lesquels des mesures nationales n'étaient pas interdites en vertu des principes de la libre circulation des travailleurs, car leur impact était jugé trop aléatoire et indirect.

L'origine de ce seuil dans le domaine de la libre circulation des travailleurs remonte à l'arrêt *Graf*<sup>52</sup>. Il s'agissait d'une règle du droit social, selon laquelle aucune indemnité de licenciement n'était versée si le contrat était résilié à l'initiative de l'employé. Le raisonnement suivi devant la Cour de justice était que cela pouvait entraver la libre circulation des travailleurs, dans la mesure où l'on serait moins « motivé » pour changer vers un lieu de travail situé dans un autre État membre. Néanmoins, la Cour souligne à juste titre que la différence ne réside pas dans le fait que l'employé résilie le contrat ou ne le résilie pas – dans les deux cas il ne reçoit pas d'indemnité. En effet, pour recevoir l'in-

48 *Ibid.*, pt 10.

49 *Ibid.*, pt 11.

50 CJCE, 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296.

51 *Ibid.*, pt 24.

52 CJCE, 27 janvier 2000, *Graf*, aff. C-190/98, ECLI:EU:C:2000:49.

demnité, l'employeur devrait résilier le contrat, ce qui est un événement purement hypothétique et non lié au choix d'accepter un lieu de travail à l'étranger. En conséquence, la Cour de justice juge que « pareil événement constituerait une circonstance trop aléatoire et indirecte pour que cette réglementation puisse être regardée comme étant de nature à entraver la libre circulation des travailleurs<sup>53</sup> ». Il est intéressant à noter que la Cour fait explicitement référence à l'arrêt *Krantz*. Cela signifie donc que la jurisprudence de la libre circulation des marchandises n'est pas seulement limitée à ce dernier domaine. En effet, le caractère aléatoire et indirect pourra donc servir comme *de minimis* général dans le droit du marché intérieur.

Dans son arrêt *EurothermenResort*, la Cour de justice a analysé une règle autrichienne selon laquelle un employé reçoit une semaine supplémentaire de congés payés s'il a travaillé pendant vingt-cinq ans pour le même employeur autrichien<sup>54</sup>. Le juge national s'est donc demandé si cela ne pouvait pas dissuader les employés d'aller travailler pour un employeur non autrichien. Après avoir rejeté l'argument selon lequel cette mesure serait indirectement discriminatoire à l'égard des travailleurs des différents États membres (sur la base, entre autres, de données montrant que même les travailleurs autrichiens atteignent à peine cette limite de vingt-cinq ans), la Cour de justice a ensuite examiné cette mesure au regard du principe général de libre circulation de l'article 45, paragraphe 1, TFUE. La Cour indique tout d'abord que ce principe n'implique pas que le passage d'un État membre à un autre soit totalement neutre en matière de sécurité sociale, vu qu'il n'est pas possible d'éliminer toutes les disparités à ce niveau. La Cour ensuite décide, comme suggéré par l'avocat général, qu'« une telle argumentation repose sur un ensemble de circonstances trop aléatoires et indirectes pour que cette réglementation puisse être regardée comme étant de nature à entraver la libre circulation des travailleurs<sup>55</sup> ».

Un dernier exemple, afin d'illustrer la portée de ce *de minimis*, est l'arrêt *Pelckmans*, cette fois-ci dans le domaine de la liberté d'établissement. Dans cet arrêt, une des parties a tenté de faire valoir que l'interdiction belge d'ouvrir un magasin sept jours sur sept, en raison de l'exigence d'un jour de repos, entravait l'ouverture d'un magasin (et donc son établissement) dans cet État membre. Cependant, la Cour de justice a estimé que tout effet restrictif était trop *aléatoire et indirect* pour avoir un impact sur cette liberté<sup>56</sup>.

En conclusion, là où *Dassonville* semblait avoir ouvert les portes du droit du marché intérieur dans une mesure presque infinie – en déplaçant le focus des mesures discriminatoires vers presque tout type d'entrave –, il est apparu clairement que le lien entre la mesure examinée et la liberté fondamentale ne peut pas être trop hypothétique. En effet, si l'impact est « trop aléatoire et indirect »,

<sup>53</sup> *Ibid.*, pt 25.

<sup>54</sup> CJUE, 13 mars 2019, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach*, aff. C-437/17, ECLI:EU:C:2019:193.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pt 40.

<sup>56</sup> CJUE, 8 mai 2014, *Pelckmans Turnhout*, aff. C-483/12, ECLI:EU:C:2014:304, pt 25.

la mesure (non discriminatoire) sera exclue du champ d'application du droit du marché intérieur.

### ***B. L'accès au marché***

Depuis le célèbre arrêt *Keck*, un nouveau seuil peut être identifié dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dans cet arrêt, en ce qui concerne les modalités de vente, la Cour a jugé que, lorsqu'elles s'appliquent à tous les opérateurs et affectent de la même manière les produits nationaux et importés, elles ne doivent pas être soumises à une analyse sous l'article 34 TFUE<sup>57</sup>. La Cour de justice estime que ces mesures « ne [sont] pas de nature à empêcher leur accès au marché<sup>58</sup> ». Ce raisonnement semble donc indiquer que le droit du marché intérieur ne vise que les mesures qui ont un impact négatif sur l'accès au marché.

Ce critère a reçu plus d'attention grâce à une nouvelle série d'arrêts, en commençant par l'arrêt *Commission c/ Italie* de 2009. En Italie, il était défendu d'utiliser des remorques spécialement produites pour des motos. Il est important de noter que la législation nationale ne prohibait pas la vente ou l'importation de ces remorques. Il était donc possible d'acquérir cette marchandise. Néanmoins, en interdisant l'utilisation d'un produit sur le territoire entier d'un État membre, l'effet est évidemment (quasi) identique à une prohibition de vente.

Dans ce jugement, la Cour de justice a donc créé un nouveau type de mesure, notamment « la restriction à l'utilisation ». La question était alors de savoir sous quelles conditions cette sorte de législation pouvait constituer une mesure d'effet équivalent, et donc tomber sous le champ d'application de l'article 34 TFUE. Après avoir constaté qu'une telle mesure a une influence considérable sur le comportement des consommateurs, la Cour conclut :

58. Il s'ensuit que l'interdiction [...], dans la mesure où elle a pour effet d'entraver l'accès au marché italien des remorques spécialement conçues pour les motocycles et qui sont légalement produites et commercialisées dans des États membres autres que la République italienne, constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation interdite par l'article 28 CE, à moins qu'elle ne puisse être objectivement justifiée<sup>59</sup>.

Cette focalisation sur le concept de l'accès au marché n'est pas limitée au domaine de la libre circulation des marchandises. En effet, un des arrêts clés concernant la liberté des travailleurs, *Bosman*, fait déjà référence à ce concept. La Cour de justice juge en effet que les règles de transfert dans le monde du football belge « conditionnent directement l'accès des joueurs au marché du travail

<sup>57</sup> CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, pt 16.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pt 17.

<sup>59</sup> CJCE, Gde Chbr., 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, pt 58 (nous soulignons).

dans les autres États membres et sont ainsi aptes à entraver la libre circulation des travailleurs<sup>60</sup> ».

Enfin, dans certains arrêts et analyses, le test du caractère aléatoire et indirect semble pouvoir devenir une partie de l'analyse du standard de l'accès au marché. Par exemple, dans les conclusions de l'avocat général Francis Geoffrey Jacobs dans l'affaire *Leclerc*, il indique que la question de savoir « si l'effet de la mesure est direct ou *indirect*, immédiat ou lointain, ou purement hypothétique et *aléatoire*<sup>61</sup> » est l'un des éléments à prendre en compte pour le standard de l'accès au marché. Dans ses conclusions, il recommande même à la Cour d'instaurer ce standard comme un *de minimis* général pour toutes les mesures non discriminatoires.

## VI. QUALIFICATION : DE L'ORDRE DANS LE CHAOS

La conclusion générale de ce qui précède est que les règles *de minimis* jouent un rôle crucial dans tous les domaines du droit économique de l'Union. Néanmoins, les silhouettes et méthodes des principes divergent. Il existe alors plusieurs manières pour classifier les différentes règles.

À titre d'illustration, Janja Hojnik distingue les seuils *quantifiés* des standards *qualitatifs*<sup>62</sup>. Même si cette *summa divisio* est correcte, il est important de garder en tête que ces deux réalités ne sont pas des perspectives isolées. Par exemple, dans de nombreux cas, le seuil quantifié est justement une interprétation concrète de la norme globale (voir la communication *de minimis* de l'article 101 TFUE). En outre, l'instauration d'un seuil quantifié n'implique pas nécessairement le remplacement de la règle générale : en ce qui concerne les pratiques restrictives, les aides d'État et les marchés publics, nous avons établi que – selon la situation – les versions quantifiée et qualifiée du principe *de minimis* pourraient toutes deux être pertinentes.

Alors que la distinction ci-dessus se concentre sur le type des seuils applicable, un autre point de différence réside dans la manière dont le champ d'application du droit européen est pratiquement restreint. Les exemples évoqués ci-dessus nous fournissent trois méthodes concrètes :

- i) Lors de l'examen du rôle des parts de marché pour définir la position dominante en vertu de l'article 102 TFUE, il a été établi que les seuils en jeu ne servaient que de *présomption*. Dans ce cas, la charge de la preuve est renversée, mais reste réfutable. Il est intéressant de noter que ces présomptions peuvent jouer dans les deux sens. Le respect du seuil minimal peut, d'un côté, créer la présomption d'application du droit européen (voir une part de marché au-dessus de 50 %). Tandis que, de l'autre côté, un

<sup>60</sup> CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c/ Bosman e.a.*, aff. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, pt 108.

<sup>61</sup> Conclusions de l'avocat général F. G. JACOBS, présentées le 24 novembre 1994, dans l'affaire *Leclerc-Siplec c/ TF1 et M6*, aff. C-412/93, ECLI:EU:C:1994:393, pt 45 (nous soulignons).

<sup>62</sup> J. HOJNIK, « De Minimis Rule within the EU Internal Market Freedoms: Towards a More Mature and Legitimate Market? », *op. cit.*, p. 37.

principe *de minimis* garantit en même temps que les petites entreprises sont présumées (« peu probable ») ne pas être dominantes (voir une part de marché en dessous de 40 %).

ii) Un deuxième type de *de minimis* pourrait être considéré comme un *signal routier* dans le droit européen, indiquant le régime applicable. Comme il a été établi lors de la discussion des seuils de la législation sur les marchés publics, le fait de ne pas respecter la valeur contractuelle ne libère pas les autorités de toutes les normes du droit européen. Dans ce cas, la seule certitude qui existe est que le niveau de contrôle correspondant ne s'appliquera pas au cas spécifique.

iii) Enfin, une règle *de minimis* peut créer des *exclusions claires du champ d'application* du droit européen. C'est cette version qui traduit le plus le *ratio* traditionnel que certaines affaires ne sont pas assez importantes pour être visées par la loi. C'est le cas, par exemple, pour les restrictions n'ayant pas d'incidence sensible sur la concurrence (article 101 TFUE) ou pour les aides qualifiées d'« aides *de minimis* » (la version formelle et fonctionnelle).

Les raisons pour lesquelles une règle *de minimis* est intégrée dans un domaine sont souvent liées à l'institution créatrice. Tout d'abord, la Cour de justice adopte la plupart du temps un raisonnement plutôt théorique, basé sur les conditions fondamentales du droit européen (par exemple, l'impact sur la concurrence, l'intérêt transfrontalier ou l'entrave à l'accès du marché). Un second raisonnement, plutôt pratique, est souvent en jeu lorsque la Commission intervient. Cette dernière opte en effet la plupart du temps pour des seuils quantifiés. Même si les raisons générales de la Cour de justice sont souvent utilisées comme points de départ, l'efficacité administrative et l'application décentralisée du droit européen sont ajoutés comme motifs.

La cohérence est un des critères normatifs classiques pour les juristes. Même si les réflexions précédentes ont dévoilé une grande divergence parmi les règles *de minimis*, cette contribution démontre aussi que cela n'est souvent qu'une conséquence de la logique spécifique sous-jacente au domaine en cause. Plaider pour une règle identique à travers le droit européen économique sera donc probablement contre-productif. Malgré cela, il reste nécessaire de garder une perspective globale, pour pouvoir refléter de manière générale sur les éléments qui devront être exclus du champ d'application du droit européen. En effet, les différents domaines se trouvent tellement complémentaires pour l'instauration d'un marché intérieur, que les interactions entre les différentes règles *de minimis* méritent certainement plus d'attention.

Pour parvenir à une telle perspective globale, un accord sur les catégories exactes *de minimis* et leur contenu est de moindre importance. Ce qui importe est la réalisation qu'il existe de multiples expressions d'un même concept. C'est une condition *sine qua non* pour une approche plus cohérente des seuils *de minimis* dans le droit économique de l'Union. Si, en revanche, on tente de mener un débat sur ce sujet *in abstracto*, le risque de confusion et de malentendus est réel.

Un exemple tiré du droit du marché intérieur peut facilement illustrer cette situation : l'affaire *BONVER WIN*<sup>63</sup>. Un juge national de République tchèque a demandé à la Cour de justice si l'article 56 TFUE devait encore être appliqué, même s'il n'existe qu'un nombre très limité d'utilisateurs du service, en faisant explicitement référence à une possible « exception de *minimis* ». Tant l'avocat général que la Cour veillent à limiter leurs déclarations.

Néanmoins, en lisant le dernier paragraphe des conclusions de l'avocat général Maciej Szpunar, il semble qu'il rejette toute possibilité d'un *de minimis* dans le domaine de la libre prestation de services : « Il s'ensuit que, dans le contexte de l'article 56 TFUE, une règle de *minimis* doit être rejetée par principe<sup>64</sup>. » Néanmoins, il est important d'analyser l'argumentation qui mène à cette conclusion. En lisant les différents éléments du raisonnement sur ce point, il devient clair que ce dernier paragraphe est moins extrême qu'il semble à première vue.

Tout d'abord, la question spécifique soulevée par le juge national guide déjà l'avocat général : la question n'est pas de savoir si une mesure est trop aléatoire et indirecte, ou si son impact est assez grave pour entraver l'accès au marché. Le *de minimis* suggéré tourne autour du faible nombre de bénéficiaires du service en cause. Par conséquent, l'avocat général souligne à juste titre qu'une approche quantitative ne peut pas être acceptée dans le droit du marché intérieur. Outre le problème fondamental de la limitation subjective des libertés fondamentales, l'avocat général souligne également les nombreux problèmes pratiques qu'un seuil quantifié entraînerait. Étant donné que le service en cause se situait dans le monde des jeux de hasard, l'avocat général propose une liste de seuils hypothétiques :

Ainsi, dans le cas de *BONVER WIN*, quel serait le critère ? Dix clients ? Cent clients ? Mille clients ? Un pourcentage déterminé de l'ensemble des consommateurs sur le marché ? Par exemple 15 % ? Ou en fonction des montants que les consommateurs misent ? Un consommateur qui mise 1 000 euros équivaut-il à dix consommateurs misant 100 euros ? Si ces exemples paraissent un peu simples, je ferais valoir qu'ils illustrent parfaitement que c'est le concept de *minimis* qui, dans le contexte des libertés fondamentales, engendrerait de nouveaux problèmes<sup>65</sup>.

Outre ce problème pratique, l'avocat général pointe également vers une question plus fondamentale. Si un seuil quantifié était appliqué, une certaine mesure pourrait tomber sous l'exception de *minimis* dans un État membre, mais pas dans l'autre. Cela pourrait bien sûr menacer l'égalité des acteurs économiques, ce qui est exactement un des objectifs principaux du droit du marché intérieur. D'autres questions soulevées par l'avocat général sont le fait qu'un seuil de *minimis* quantifié est une question de fait et non de droit, et qu'il appar-

63 CJUE, 3 décembre 2020, *BONVER WIN*, aff. C-311/19, ECLI:EU:C:2020:981.

64 Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR, présentées le 3 septembre 2020, dans l'affaire *BONVER WIN*, aff. C-311/19, ECLI:EU:C:2020:640, pt 82.

65 *Ibid.*, pt 79.

tiendrait donc aux tribunaux nationaux de l'appliquer (ce qui, une fois de plus, entraînerait des divergences).

Ainsi, même si le dernier paragraphe semble indiquer qu'il n'y a pas la moindre place pour un *de minimis* dans le droit du marché intérieur, il convient donc de préciser que l'avocat général Maciej Spuznar se réfère uniquement à un seuil quantitatif. Il semble même faire un signe de tête – sans se prononcer sur ce débat – vers les seuils fonctionnels dans la jurisprudence :

Même si la Cour a jugé la libre prestation des services non applicable dans des cas présentant des faits comparables à ceux que la juridiction de renvoi décrit, c'était plutôt en raison du fait qu'il s'agissait de situations où le lien entre la mesure nationale en cause et la liberté fondamentale était trop ténu<sup>66</sup>.

La Cour de justice elle-même limite également son analyse à la possibilité d'un seuil quantifié. Reprenant le point sur le risque pour l'uniformité dans l'application du droit du marché intérieur, elle ajoute également que, dans des arrêts antérieurs, l'article 56 TFUE s'appliquait déjà s'il n'y avait qu'un seul destinataire de services<sup>67</sup>, ou même si l'existence des destinataires transfrontaliers n'était pas certaine<sup>68</sup>. La situation demeure donc inchangée : (i) aucune norme quantitative *de minimis* ne sera acceptée dans le droit du marché intérieur, mais (ii) des seuils qualitatifs restent possibles.

Cet arrêt – plutôt exceptionnel, étant donné que les tribunaux nationaux ne posent pas souvent de questions directes sur une règle *de minimis* dans le droit du marché intérieur – montre la nécessité de bien définir le type de *de minimis* en jeu. Sinon, il y a un grand risque de tirer des conclusions générales sur base de déclarations très spécifiques.

## VII. L'IMPACT DIRECT ET INDIRECT SUR LE CHAMP D'APPLICATION

En conclusion, l'impact d'une règle *de minimis* sur le champ d'application et la portée du droit européen semble plus complexe que l'on pourrait le croire à première vue. Au moins quatre dynamiques différentes pourront être établies.

La première, et la plus évidente, est l'exclusion de certaines questions du champ d'application du droit européen. Si une restriction n'a pas d'incidence sensible sur la concurrence, elle ne sera pas couverte par l'article 101 TFUE. Si l'impact d'une mesure nationale sur l'une des libertés fondamentales est trop aléatoire ou indirect, la Cour de justice ne débutera pas l'analyse substantielle. Le *ratio* traditionnel selon lequel certains problèmes ne sont pas dignes d'être couverts par le droit européen reste donc évidemment au centre de ces exceptions.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pt 78.

<sup>67</sup> CJCE, 2 février 1989, *Cowan c/ Trésor public*, aff. 186/87, ECLI:EU:C:1989:47.

<sup>68</sup> CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ Minister van Financiën*, aff. C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126.



Toutefois, si cet effet restrictif reste crucial, les conséquences pratiques de tomber ou de ne pas tomber sous ces seuils ne sont pas tellement plus décisives qu'attendues. Premièrement, même si un certain cas dépasse un seuil *de minimis* spécifique, il existe encore une autre exception qui pourrait quand même mener à l'exclusion du champ d'application. Cette interaction entre un *de minimis* formalisé et un *de minimis* général, certainement en droit de la concurrence, est souvent liée au rôle de la Commission et au contrôle exercé par la Cour de justice. Même si la Cour accepte que la Commission limite son propre pouvoir discrétionnaire par des instruments légaux, ces pratiques ne peuvent pas être en contradiction avec les principes du droit primaire. Si, par exemple, une aide ne peut pas être qualifiée d'« aide *de minimis* » parce que les exigences du règlement ne sont pas (toutes) respectées, l'exigence plus générale d'une incidence sur le commerce entre États pourrait toujours fonctionner comme une aide *de minimis* complémentaire<sup>69</sup>. Un autre exemple est celui des restrictions d'objet au titre de l'article 101 TFUE, selon lequel ces restrictions peuvent toujours être exclues si la part de marché des parties concernées est extrêmement faible<sup>70</sup>.

En même temps, le fait d'avoir un cas qui reste sous le seuil n'a pas la même conséquence dans tous les domaines. Alors que pour certains types de *de minimis*, le résultat est de tomber complètement en dehors du champ d'application (par exemple des mesures non discriminatoires qui n'ont pas d'impact sur l'accès au marché), il arrive aussi que le droit européen ne se déclare que partiellement inapplicable. L'exemple principal à cet égard est le droit européen des marchés publics, dans lequel la Cour de justice (i) a confirmé que le fait de ne pas atteindre le seuil signifie la non-application automatique des directives sur les marchés publics, mais (ii) a déclaré que les principes fondamentaux de l'Union restent pertinents s'il existe au moins un intérêt transfrontalier potentiel<sup>71</sup>. Cela signifie que le simple fait de tomber en dessous d'une exception *de minimis* spécifique ne constitue pas toujours une véritable exception totale du domaine.

En outre, l'idée qu'un *de minimis* n'a qu'un impact restrictif sur la portée du droit européen devrait également être nuancée. S'il est vrai que moins de cas seront traités par le droit européen à cause des exceptions *de minimis*, l'exclusion de ces cas « futiles » semble avoir un impact inversement proportionnel sur l'intensité du droit de l'Union. En effet, comme la Cour de justice l'a par exemple déclaré dans le domaine du droit des marchés publics,

il y a lieu de constater que *les procédures particulières et rigoureuses* prévues par les directives de l'Union européenne portant coordination des procédures de passation des marchés publics s'appliquent *uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu* expressément dans chacune

69 Décision de la Commission du 21 décembre 2000, N 258/2000, *Allemagne (Piscine de Dorsten)*, préc., p. 16.

70 CJCE, 9 juillet 1969, *Voelk c/ Vervaecke*, aff. 5/69, préc., pt 7.

71 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, préc., pt 60 ; CJCE, 14 juin 2007, *Medipac – Kazantzidis*, aff. C-6/05, préc. ; CJCE, 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06, préc.

desdites directives. Ainsi, les règles de ces directives ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil fixé par celles-ci<sup>72</sup>.

Par l'instauration d'une exception *de minimis*, l'Union se donne alors la « parfaite excuse » pour ne pas réduire, et même serrer, les exigences substantielles. Par conséquent, alors que moins de cas pourraient être couverts, une exception *de minimis* pourrait également conduire à une législation européenne plus puissante pour les cas auxquels elle s'applique.

Enfin, il arrive qu'une exception *de minimis* conduise directement à des expansions sur des différents niveaux. Un exemple est l'arrêt *Fra.bo*, dans le domaine de la libre circulation des marchandises. L'article 34 TFUE ne connaît pas encore d'application horizontale, contrairement au principe de la libre circulation des travailleurs par exemple. DVGW était un organisme privé allemand, qui possédait la compétence légale de certifier certains produits. Sans cette certification, les marchandises ne pouvaient pas être vendues sur le marché allemand. La question était donc de savoir si le refus d'homologation par DVGW tombait dans le champ d'application de l'article 34 TFUE. Vu que ce n'était pas l'État allemand qui interdisait directement l'import des biens, mais un organisme privé, la question était donc de savoir si le principe de la libre circulation des marchandises était applicable.

La CJUE a déclaré ce qui suit :

31. Dans de telles circonstances, force est de constater qu'un organisme tel que la DVGW détient en réalité, du fait notamment de son habilitation à certifier les produits, *le pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché allemand* de produits tels que les raccords en cuivre en cause au principal.

32. Il convient, par conséquent, de répondre à la première question que l'article 28 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'applique aux activités de normalisation et de certification d'un organisme privé, *lorsque la législation nationale considère les produits certifiés par cet organisme comme conformes au droit national* et que cela a pour effet d'entraver la commercialisation de produits qui ne sont pas certifiés par ledit organisme<sup>73</sup>.

Comme déjà expliqué ci-dessus, un débat existe concernant la question de savoir si « l'accès au marché » devrait jouer un rôle comme *de minimis* général dans le droit du marché intérieur pour les mesures non discriminatoires. Dans l'arrêt *Fra.bo*, ce seuil est utilisé pour l'application de l'article 34 TFUE dans une relation (quasi) horizontale. En effet, l'intervention du législateur qui accorde le pouvoir de certification à DVGW est de sorte qu'il n'est pas correct de tirer des conclusions trop générales en ce qui concerne l'application horizontale de la libre circulation des marchandises. Néanmoins, comme cela a été indiqué par d'autres auteurs<sup>74</sup>, cela démontre que l'application d'un *de minimis*

72 CJUE, 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, aff. C-278/14, préc., pt 15 (nous soulignons).

73 CJUE, 12 juillet 2012, *Fra.bo*, aff. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, pts 31-32 (nous soulignons).

74 C. KRENN, « A missing piece in the horizontal effect "jigsaw": Horizontal direct effect and the free movement of goods », *Common Market Law Review*, n° 49, 2012, p. 177-215.

par rapport à l'accès au marché pourrait (indirectement) causer une expansion importante du droit de marché intérieur, dans ce cas-ci pour les relations horizontales.

L'interaction entre le concept *de minimis* et le champ d'application du droit de l'Union européenne est donc plus compliquée qu'un simple effet restrictif. Même si le rôle clé du concept *de minimis* reste de limiter le nombre de cas nécessitant une analyse du droit européen, les seuils d'exception pourraient être utilisés plus stratégiquement. Pour le futur, plusieurs questions fondamentales restent à résoudre en ce qui concerne ce concept. Serait-il plus favorable d'avoir des approches cohérentes entre les différents domaines du droit européen économique ? Si l'Union européenne serre les exigences substantielles d'un certain domaine, est-il alors nécessaire d'augmenter les seuils ? Et, finalement, les exceptions *de minimis* font-elles vraiment partie des instruments les plus efficaces pour balancer les expansions du droit européen ?