

COMM.

LM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **20 janvier 2015**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 63 FS-P+B

Pourvois n° V 13-16.745
R 13-16.764
S 13-16.765
Y 13-16.955

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° V 13-16.745 formé par :

- la société Chevron Products Company, dont le siège est
1 Westferry Circus, Canary Wharf, London E14 4HA (Royaume-Uni), au
nom de la division Aviation, anciennement Chevron Global Aviation,

contre un arrêt rendu le 28 mars 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 7), dans le litige l'opposant :

1^o/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue
de l'Echelle, 75001 Paris,

2^o/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, domicilié Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

3^o/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié en cette qualité 4 boulevard du Palais, 75001 Paris,

4^o/ à la société Air France, société anonyme, dont le siège est 45 rue de Paris, 95747 Roissy-Charles-de-Gaulle cedex,

5^o/ à la Société des pétroles Shell, société par actions simplifiée, dont le siège est Portes de La Défense, 307 rue d'Estienne d'Orves, 92708 Colombes cedex,

6^o/ à la société Total Outre-mer, société anonyme, dont le siège est tour Total, 24 cours Michelet, 92800 Puteaux,

7^o/ à la société Total Réunion, société par actions simplifiée, dont le siège est 3 impasse Jacques Prévert, Rivière des Galets, 97420 Le Port,

8^o/ à la société Esso société anonyme française (Esso SAF), société anonyme, dont le siège est 5-6 place de l'Iris, 92400 Courbevoie,

défendeurs à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° R 13-16.764 formé par :

- la société Total Outre-mer, société anonyme,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Air France, société anonyme,

2^o/ au président de l'Autorité de la concurrence,

3^o/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur,

défendeurs à la cassation ;

III - Statuant sur le pourvoi n° S 13-16.765 formé par :

- la société Total Réunion, société anonyme,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Air France, société anonyme,

2^o/ au président de l'Autorité de la concurrence,

3^o/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur,

défendeurs à la cassation ;

IV - Statuant sur le pourvoi n° Y 13-16.955 formé par :

- la société Esso SAF, société anonyme,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1^o/ à la Société des pétroles Shell,

2^o/ à la société Chevron Products Company,

3^o/ à la société Total Outre-mer, société anonyme,

4^o/ à la société Total Réunion, société anonyme,

5^o/ à la société Air France, société anonyme,

6^o/ au président de l'Autorité de la concurrence,

7^o/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses aux pourvois n° V 13-16.745, R 13-16.764, S 13-16.765 et Y 13-16.955 invoquent, chacune, cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 2 décembre 2014, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen rapporteur, Mme Bregeon, MM. Le Dauphin, Grass, Mmes Darbois, Provost-Lopin, Orsini, conseillers, MM. Delbano, Contamine, Mme Tréard, M. Gauthier, conseillers référendaires, M. Mollard, avocat général référendaire, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, les observations de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la société Chevron Products Company, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Total Outre-mer et Total Réunion, de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Esso SAF, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de la société Air France, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois respectivement formés par les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron Products Company et Esso société anonyme française (Esso SAF) sous les n° R 13-16.764, S 13-16.765, V 13-16.745 et Y 13-16.955, qui attaquent le même arrêt ;

Donne acte à la société Chevron Products Company du désistement de son pourvoi au profit du procureur général près la cour d'appel de Paris, de la Société des pétroles Shell et des sociétés Total Outre-mer, Total Réunion et Esso SAF ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 mars 2013), rendu sur renvoi après cassation (Chambre commerciale, financière et économique, 1^{er} mars 2011, pourvois n° 09-72.655, 09-72.657, 09-72.705, 09-72.894, 09-72.830), que, saisie par la société Air France, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a, par une décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008, dit qu'il est établi que les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron Global Aviation aux droits de laquelle vient la société Chevron Products Company (la société Chevron), Shell SPS (la société Shell) et Esso SAF (la société Esso) ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE devenu l'article 101 TFUE, en faussant la concurrence entre elles lors de l'appel d'offres organisé par la société Air France en 2002 pour la fourniture en carburéacteur de son escale à La Réunion et leur a infligé des sanctions pécuniaires ;

Sur les premiers moyens des pourvois n° R 13-16.764, S 13-16.765, V 13-16.745 et Y 13-16.955, rédigés pour partie en termes identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron et Esso font grief à l'arrêt de dire recevable l'intervention de la société Air France alors, selon le moyen :

1°/ que les règles du code de procédure civile ne s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence qu'en l'absence de dispositions expresses contraires du code de commerce ; que, par dérogation à l'article 954, alinéa 4, du code de

procédure civile, il résulte expressément de la combinaison des articles R. 464-12 2° et R. 464-17 du code de commerce, dans leurs rédactions applicables en la cause, que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant l'Autorité, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'Autorité, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; qu'en décidant que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comportant l'identification de l'intervenante et précisant seulement qu'elle entend solliciter la confirmation de la décision de l'Autorité de la concurrence dont elle approuve les motifs et dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges, était suffisamment motivée, la cour d'appel, qui a implicitement appliqué la règle de procédure civile selon laquelle la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs malgré les dispositions spéciales du code de commerce exigeant que la déclaration d'intervention soit elle-même écrite et spécialement motivée dans un délai précis à peine de nullité, ce qui excluait toute motivation par simple référence approbative à la décision déférée, a violé les textes susvisés ;

2°) que les dispositions du titre IV du livre II du code de procédure civile, au nombre desquelles figure l'article 954, alinéa 4, d'après lequel « la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs », sont sans application dans le contentieux de la répression des pratiques anticoncurrentielles ; qu'il résulte de la combinaison des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, dans leur rédaction applicable en la cause, que lorsque le recours exercé à l'encontre d'une décision de l'Autorité de la concurrence risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant l'Autorité, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'Autorité, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; qu'en jugeant que la simple formule de style par laquelle la société Air France, intervenante devant la cour d'appel de Paris, avait sollicité la confirmation de la décision frappée de recours, se bornant à déclarer que « le conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, la société Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention », pouvait tenir lieu de motivation puisque les motifs de la décision de l'Autorité étaient connus de toutes les requérantes, la cour d'appel, qui a par là implicitement appliqué les dispositions de l'article 954, alinéa 4, du code de procédure civile, au mépris des dispositions expresses

contraires des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, a violé les textes susvisés, ensemble l'article R. 464-10 du même code ;

3°/ que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant l'Autorité, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'Autorité, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; que, après avoir constaté que l'intervention de la société Air France ne portait pas d'autre mention qu'une formule de style approuvant de façon abstraite la décision de l'Autorité de la concurrence et que, bien au contraire, elle entendait présenter les moyens venant au soutien de son intervention dans des écritures ultérieures et en tout cas postérieures à l'expiration du délai de deux mois, ce dont il résultait que l'intervention n'était pas motivée dans le délai prescrit, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, dans leur rédaction applicable en la cause ;

4°/ que la décision du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence, autorité administrative, n'est pas un jugement, pas plus que le recours formé à son encontre n'est un appel, de sorte que la faculté offerte aux parties de s'approprier les motifs d'un jugement en en demandant la confirmation dans des conclusions d'appel issue de l'article 954 du code de procédure civile inscrit dans le titre VI du livre II de ce code n'est pas ouverte aux recours soumis aux dispositions des articles R. 464-10 et suivants du code de commerce qui y dérogent expressément ; qu'en admettant que la société Air France ait pu motiver son intervention en se bornant à faire référence aux motifs contenus dans la décision de l'Autorité pour satisfaire aux exigences des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, la cour d'appel les a violés, ainsi que l'article R. 464-10 du même code ;

Mais attendu qu'ayant relevé, d'un côté, que la déclaration d'intervention de la société Air France se référait expressément à la décision de l'Autorité dont elle sollicitait la confirmation et déclarait approuver la motivation tant en fait qu'en droit, de sorte qu'il ne pouvait être soutenu que sa déclaration d'intervention n'était pas motivée au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce, de l'autre, que la réserve contenue dans cette déclaration de la société Air France, relative à la précision ultérieure de "moyens à l'appui de son intervention", ne pouvait être interprétée comme une référence à l'article R. 464-12, 2° du code de commerce, qui ne trouve application que lorsque la déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, la cour d'appel, qui ne s'est pas référée, fût-ce implicitement, aux dispositions de l'article 954, alinéa 4, du code de procédure civile, a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui ne peut être accueilli en

ses première, deuxième et quatrième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur les deuxièmes moyens des pourvois n° R 13-16.764 et S 13-16.765, pris en leurs première, deuxième, troisième, sixième, septième, huitième et neuvième branches, le deuxième moyen du pourvoi n° V 13-16.745 et le deuxième moyen du pourvoi n° Y 13-16.955, rédigés pour partie en termes identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron et Esso font grief à l'arrêt de rejeter leur recours à l'encontre de la décision 08-D-30 du 4 décembre 2008 de l'Autorité alors, selon le moyen :

1°/ *que les communications de la Commission européenne et les observations présentées par celle-ci en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de toute valeur contraignante ; qu'en se fondant exclusivement sur la communication de la Commission du 27 avril 2004 définissant « les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité » et sur des observations présentées devant la Cour de cassation par la Commission européenne en tant qu'amicus curiae dans une affaire distincte, pour en déduire que le droit de l'Union européenne était applicable au présent litige, la cour de renvoi a violé l'article 81 du Traité CE devenu l'article 101 TFUE, ensemble l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ;*

2°/ *que les observations présentées par la Commission européenne en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de toute valeur contraignante ; qu'en affirmant « qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu'amicus curiae » à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) », la cour de renvoi qui a expressément conféré une force obligatoire aux observations de la Commission adressées de surcroît dans un litige distinct en fait et en droit, a violé l'article 81 du Traité CE devenu l'article 101 TFUE, ensemble l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ;*

3°/ *qu'en présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ; que ce critère ne devient qu'un élément parmi d'autres liés à la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ; qu'en affirmant, pour considérer que le*

commerce intracommunautaire avait, en l'espèce, été sensiblement affecté « qu'au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence, il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres et ce, que soit en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ou en l'état, comme en l'espèce, d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat », la cour de renvoi a violé l'article 81 du Traité CE devenu 101 TFUE ;

4°/ qu'en présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ; que ce critère ne devient qu'un élément parmi d'autres liés à la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ; qu'en retenant que l'entente en cause ne couvrant qu'une partie du département de La Réunion était de nature à affecter sensiblement les échanges intracommunautaires, après avoir constaté que le volume des ventes de carburéacteur affecté par la pratique, réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003 n'avait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 81 du Traité CE devenu 101 TFUE ;

5°/ qu'en retenant que la superficie de ce département d'outre-Mer « est aussi, voire plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne », après avoir considéré que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié au regard de la nature des pratiques, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause, la cour de renvoi, qui a statué par des motifs impropres à établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 81 du Traité CE devenu 101 TFUE ;

6°/ qu'en tenant compte, pour apprécier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un seul Etat de prétendues spécificités inhérentes aux départements ou territoires d'outre-mer, la cour de renvoi a violé l'article 81 du Traité CE, devenu l'article 101 TFUE ;

7°/ que les observations présentées dans le cadre d'un litige particulier par la Commission européenne en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de force contraignante à l'égard des

juridictions de l'Union et ne sauraient a fortiori se voir attribuer une autorité supérieure aux lignes directrices par lesquelles la Commission communique un guide d'interprétation des dispositions des articles 101 et 102 TFUE contribuant au bon fonctionnement du système décentralisé de mise en oeuvre du droit des ententes, tel qu'établi par le règlement n° 1/2003 ; qu'il s'ensuit que les juridictions nationales ne sauraient faire prévaloir les premières sur les secondes sans préciser les motifs qui fondent cette préférence ; que dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (devenus 101 et 102 TFUE), la Commission a énoncé qu'en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie du territoire d'un Etat membre, « le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible » ; qu'en décidant néanmoins de faire prévaloir sur ce critère tiré du volume des ventes affectées par les pratiques incriminées rapporté au marché national, pourtant qualifié par les lignes directrices susvisées de « meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres », l'analyse « multicritères » particulièrement floue et imprévisible tardivement préconisée par la Commission dans les observations qu'elle avait délivrées dans le cadre d'un autre litige, sans s'expliquer sur les mérites intrinsèques de chacune de ces deux approches successives au regard des impératifs de sécurité juridique, de prévisibilité et d'effectivité du droit communautaire de la concurrence, ni préciser les raisons d'espèce pour lesquelles l'approche des lignes directrices aurait dû être écartée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 TFUE et 15 § 3 du règlement susvisé, ensemble le principe de sécurité juridique ;

8°/ qu'en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie du territoire d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit s'apprécier par priorité au regard du volume de ventes affecté par l'entente par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat membre ; que ce critère prioritaire ne devient qu'un élément parmi d'autres, tirés de la nature des pratiques et des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante sur une portion du territoire national ; qu'en jugeant néanmoins qu'il ne pouvait être soutenu qu'une analyse "multicritères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, la cour d'appel a violé l'article 101 TFUE ;

9°/ qu'à supposer même qu'elle ait été fondée à mettre en oeuvre une analyse « multicritères » pour procéder à l'évaluation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, la cour d'appel ne pouvait, sans violer l'article 101 TFUE, tenir pour négligeable la circonstance,

relevée par son propre arrêt, que le volume des ventes de carburéacteur à la société Air France affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de La Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'avait représenté qu'un pourcentage insignifiant (1,24 %) du volume de ventes global de carburéacteur en France durant la même période ;

10°/ que l'évaluation de la capacité d'un accord d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres doit être menée sur la base d'éléments objectifs de droit ou de fait et ne saurait reposer sur des considérations purement hypothétiques ou spéculatives ; qu'en énonçant que l'entente reprochée aux sociétés pétrolières était « de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à La Réunion », sans préciser concrètement en quoi la concertation imputée aux sociétés pétrolières au sujet de la détermination des volumes de carburéacteur qu'elles étaient disposées à offrir à la société Air France aurait été, à la supposer établie, de nature à entraver l'accès de ce marché local à d'autres sociétés pétrolières, quand il n'était pas contesté par ailleurs que l'adhésion aux deux groupements d'intérêt économique titulaires des infrastructures essentielles de stockage, de transport et d'avitaillement du carburéacteur sur le territoire de La Réunion était ouverte à toute autre société pétrolière qui en aurait fait la demande, ce qu'attestait l'adhésion de Tamoil, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 TFUE ;

11°/ qu'en l'état d'une entente suspectée ne couvrant qu'une partie du territoire d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres ne saurait se déduire de considérations tirées de la dimension des entreprises auxquelles cette entente est imputée, de la « pérennité » du marché local affecté, de sa contribution au désenclavement d'un territoire ultramarin, ni enfin de la superficie du territoire concerné ; qu'en se déterminant au regard de tels éléments, dépourvus de tout rapport avec l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 TFUE ;

12°/ que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit, en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat, être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ; qu'en retenant que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à la société Air France dit affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de La Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'ait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas "la capacité"

d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres, pour finalement n'en tenir effectivement aucun compte, la cour d'appel a violé l'article 101, § 1^{er} TFUE ;

13°/ que les avis délivrés par la Commission en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 dans le cadre d'un litige déterminé ne peuvent avoir valeur de chose interprétée au regard des textes de l'Union, la Cour de justice de l'Union ayant à cet égard le monopole de l'interprétation s'imposant aux juridictions des Etats membres ; qu'en se fondant, pour déterminer les règles applicables pour apprécier l'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, sur un avis délivré par la Commission en qualité d'amicus curiae en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 dans le cadre d'un autre litige, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 101, § 1^{er} TFUE ;

14°/ qu'en privilégiant l'avis délivré ponctuellement par la Commission en qualité d'amicus curiae en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 dans le cadre d'un autre litige, pour refuser de tenir compte du volume des ventes par rapport au marché national posé comme critère au paragraphe 90 des lignes directrices, par rapport à ces lignes directrices d'interprétation, d'application générale publiées au Journal officiel de l'Union européenne qui, au contraire, précisent que « la part de marché national à laquelle l'accès est interdit doit être important » (§ 90, in fine), la cour d'appel a violé le principe de sécurité juridique et de transparence, ensemble l'article 101 TFUE ;

15°/ que la position dominante d'une entreprise sur un marché affaiblit nécessairement le degré de concurrence par cette seule position, ce qui est de nature à tempérer la portée des critères quantitatifs applicables lorsque doivent être appréciés ensemble des faits d'entente conjugués à l'exploitation abusive d'une position dominante ; qu'en s'appuyant sur l'avis de la Commission délivré à l'occasion d'un litige dans lequel étaient poursuivis des faits d'entente et d'abus de position dominante et qui faisait au demeurant de l'application de l'article 102 TFUE relatif aux abus de domination un des fondements de son interprétation, sans rechercher si cette interprétation était pertinente et devait prévaloir lorsque seuls des faits d'entente étaient poursuivis, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 101 TFUE ;

16°/ que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres s'apprécie par rapport aux critères tirés du volume des ventes sur le marché local concerné par les pratiques par rapport au volume des ventes globales des produits à l'intérieur de l'Etat membre concerné, posé par les lignes directrices et au demeurant non exclu par la Commission dans son avis litigieux, ainsi que la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, les parts de marchés, ainsi que le volume, en terme de chiffres

d'affaires, des produits concernés par l'accord ; qu'en se fondant sur la « taille mondiale » des entreprises, le caractère potentiellement attractif de l'appel d'offres de la société Air France, la pérennité du marché, la superficie de l'île de La Réunion par rapport à celle de certains Etats de l'Union et l'enclavement de cette île, la cour d'appel, qui en a déduit le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, s'est déterminée sur des éléments inopérants et étrangers en tous points aux critères posés par les lignes directrices, privant ainsi sa décision de base légale au regard du principe de sécurité juridique, ensemble l'article 101, § 1^{er} TFUE ;

Mais attendu, en premier lieu, que, loin d'attribuer force contraignante à la communication de la Commission n° 2004C 101/07, JOUE du 27 avril 2004, intitulée "Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité" (ci-après les lignes directrices), comme aux observations éventuellement présentées devant une juridiction nationale par la Commission européenne en application de l'article 15 du règlement n° 1/2003, l'arrêt retient, d'un côté, que le critère d'affectation du commerce intracommunautaire, qui conditionne l'application de l'article 81 du Traité CE devenu 101 TFUE, a été explicité par les juridictions communautaires, que les lignes directrices ont notamment pour objet d'exposer les principes dégagés par ces juridictions et qu'elles présentent, pour la notion d'affectation du commerce, une méthodologie à laquelle s'est référée à juste titre la décision critiquée, de l'autre, qu'il doit être également tenu compte des observations présentées par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* à la Cour de cassation dans l'instance ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale, financière et économique de cette Cour le 31 janvier 2012 (pourvois n° 10-25.882, 10-25.872 et 10-25.775), enfin, que le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas et qu'il en résulte que l'analyse ne peut être menée par analogie avec d'autres décisions rendues dans des situations qui ne sont pas en tous points identiques ;

Attendu, en second lieu, qu'après avoir rappelé que l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres dépend des circonstances de chaque espèce et, notamment, de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause, et s'agissant des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, du volume de ventes affectées par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat, et relevé que, dans ses observations précitées, présentées en tant qu'*amicus curiae*, la Commission européenne a précisé que les lignes directrices ne pouvaient être interprétées comme permettant l'exclusion automatique et *a priori* du champ d'application des articles 101 et 102 TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques, l'arrêt retient qu'au vu des lignes directrices ainsi explicitées et de la jurisprudence, il ne peut être soutenu qu'une analyse multicritères ne

serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres et ce, que ce soit en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ou en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, et que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à la société Air France dit affecté par la pratique n'ait représenté que 1,24 % du volume de ventes global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas la "capacité" d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres ; qu'il ajoute, par motifs propres et adoptés, que les compagnies pétrolières sont des entreprises de taille mondiale qui ont des activités dans l'Union européenne, les entreprises en cause étant soit des "filiales aviation" de ces groupes pétroliers, soit leurs filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée, les chiffres d'affaires cumulés des entreprises sanctionnées s'élevant, pour la seule vente de carburéacteur, à 16 milliards d'euros ; qu'il relève encore que l'entente reprochée à ces entreprises était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à La Réunion, étant observé que le marché du carburéacteur à La Réunion, qui représentait pour les années en cause un chiffre d'affaires d'environ 50 millions d'euros dont 22 millions pour le seul appel d'offres de la société Air France, n'était pas insignifiant et pouvait donc être attractif, qu'il s'agit d'un marché pérenne dès lors que, pour les vols directs pour la métropole qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autre possibilité pour les compagnies aériennes que de s'approvisionner en carburéacteur à La Réunion, que l'aéroport de Saint-Denis de La Réunion, qui constitue le plus important aéroport français d'outre-mer avec un trafic de près de 1,5 million de passagers et de plus de 25 000 tonnes de fret pour les années en cause, ne peut être qualifié de petit aéroport, que s'agissant d'une île très éloignée de la France métropolitaine et des autres territoires de l'Union, le transport aérien constitue un facteur de non-enclavement qui lui confère une importance spécifique, d'autant qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de vols pour les passagers vers d'autres destinations européennes que Paris ; qu'il en déduit que la réunion de ces éléments qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, établit que l'entente reprochée aux sociétés sanctionnées était de nature à affecter sensiblement les échanges communautaires ;

Qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui s'est fondée à bon droit sur un ensemble d'éléments prenant en compte, notamment, la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause ainsi que le critère quantitatif visé par le paragraphe 90 des lignes directrices, a, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique, légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, qui ne peut être accueilli en ses première, deuxième, cinquième, septième, treizième et quatorzième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur les troisièmes moyens des pourvois n° R 13-16.764, S 13-16.765, V 13-16.745 et Y 13-16.955, rédigés pour partie en termes identiques, réunis :

Attendu que les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron et Esso font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'une autorité de concurrence d'un Etat membre ne peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre que pour établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du Traité devenus 101 et 102 TFUE ; qu'ainsi la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en considérant qu'il importait peu que les dispositions du droit communautaire n'aient dans un premier temps pas été visées par le rapporteur général, bien que le risque d'infraction aux règles communautaires de la concurrence soit une condition de recevabilité de la demande d'assistance, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (le règlement 1/2003), ensemble les articles 81 du Traité CE, devenu 101 TFUE ;

2°/ qu'une autorité de concurrence d'un Etat membre ne peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre que pour établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du Traité devenus 101 et 102 TFUE ; qu'ainsi la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en retenant « qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire » quand les investigations contestées n'ont pas eu lieu en France mais au Royaume-Uni, la cour de renvoi, qui a statué par des motifs impropres à justifier la demande d'assistance du 3 décembre 2004, a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003, ainsi que des articles 81 du Traité CE, devenu 101 TFUE ;

3°/ qu'en droit communautaire, le respect des droits de la défense constitue un principe de caractère fondamental, qui doit être assuré

non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'en affirmant au contraire, pour refuser d'annuler la demande d'assistance du 3 décembre 2004, que « les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil », la cour de renvoi a violé les articles 6 du Traité de l'Union européenne, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la CESDH), 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ;

4°/ que tout moyen de preuve obtenu de manière illicite est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que la demande d'assistance émise par l'Autorité auprès d'une autorité étrangère doit être loyale et qu'il n'en est ainsi que si les informations fournies à l'appui de la demande de concours, sont complètes et objectives ; qu'en décidant que la demande d'assistance adressée par le rapporteur de l'Autorité aux autorités britanniques était loyale, après avoir expressément constaté que la demande d'assistance du 3 décembre 2004 mentionne à tort que les autres compagnies aériennes qui desservent La Réunion, effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre La Réunion et les pays européens autre qu'entre La Réunion et la France métropolitaine, ce qui tendait à laisser penser que le commerce entre Etats membres était ainsi directement affecté, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003, ensemble les articles 81 du Traité CE, devenu 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ que la demande d'assistance émise par l'Autorité auprès d'une autorité étrangère doit être loyale ; qu'en se bornant à retenir, pour considérer que le rapporteur n'avait pas manqué à son obligation de loyauté que la décision publiée de l'Autorité du 19 octobre 1993 était citée dans la demande d'assistance, sans vérifier, comme elle y avait été invitée, si le rapporteur n'avait pas omis d'indiquer que, selon la décision du 19 octobre 1993 de l'Autorité, le marché du carburéacteur de l'aéroport de Saint-Denis de La Réunion était, compte tenu de ses caractéristiques, purement local, ce qui ôtait toute dimension communautaire aux pratiques dénoncées, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003, et des articles 81 du Traité CE, devenu 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

6^o/ qu'une personne est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers, lorsque cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts ; qu'ainsi une personne est toujours recevable à contester, devant la juridiction de jugement, la légalité d'une visite pratiquée au domicile d'une autre partie à la procédure, lorsque des pièces découvertes à cette occasion lui sont ensuite opposées pour justifier sa condamnation ; qu'en considérant que la contestation du déroulement de l'opération de visite au Royaume-Uni était exclusivement soumise au droit et à la procédure britanniques, et qu'elle échappait à la compétence de la juridiction française, la cour de renvoi, qui a privé les sociétés Total, qui n'ont pas été visées par les enquêtes à Londres mais auxquelles les pièces découvertes ont été opposées, du droit de contester le déroulement des opérations de visites, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la CESDH, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ;

7^o/ que le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré, non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'une autorité qui se fait remettre volontairement des documents par une entreprise dans le cadre d'une procédure non coercitive ne peut ensuite lui opposer ces pièces pour justifier une sanction que si la société mise en cause avait été préalablement et clairement informée de ses droits ; qu'en retenant, pour décider que la procédure de visite pratiquée à Londres était régulière, que la présence des membres de l'Autorité a été acceptée par les entreprises dans les locaux desquelles les opérations d'enquête ont été menées, sans vérifier si les parties avaient été clairement et préalablement informées de leurs droits, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 du Traité de l'Union européenne, 6 et 8 de la CESDH et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ;

8^o/ que la demande d'assistance présentée sur le fondement de l'article 22, § 1, du règlement n° 1/2003 par une autorité nationale de concurrence à l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre doit être motivée de manière sincère et loyale, de manière à permettre à l'autorité destinataire de la demande de se déterminer en connaissance de cause sur sa recevabilité et sur les suites qu'elle estime devoir lui donner ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'il n'existait pas à l'époque des faits de liaison aérienne de passagers entre La Réunion et d'autres pays européens que la France, contrairement à ce qu'avait énoncé le rapporteur général de l'Autorité dans sa demande d'assistance adressée le 3 décembre 2004 à l'autorité britannique de concurrence ; qu'en jugeant néanmoins qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée de cette affirmation inexacte et qu'il n'était pas justifié d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions qui auraient été de nature à empêcher l'autorité britannique de concurrence de se prononcer en

toute connaissance de cause, cependant que la mention inexacte de l'existence de lignes régulières entre La Réunion et d'autres villes européennes, notamment italiennes, qui figurait dans la demande d'assistance, avait pour finalité d'établir une affectation sensible du commerce intracommunautaire à défaut de laquelle cette demande d'assistance eût été irrecevable, la cour d'appel a refusé de tirer les conséquences légales qui découlaient de ses propres constatations, en violation de l'article 22, § 1, du règlement n° 2003/1 et des principes de coopération loyale et de loyauté dans la recherche des preuves ;

9°/ que si la juridiction du lieu d'exécution d'une mesure de visite et de saisie domiciliaires est exclusivement compétente pour se prononcer sur la régularité d'une telle mesure d'instruction au regard des dispositions de son droit national, le juge français est nécessairement compétent, dès lors que ces preuves sont invoquées à l'appui d'une procédure répressive conduite en France, pour se prononcer sur la question de savoir si les preuves recueillies à l'étranger ont été obtenues dans des conditions compatibles avec les exigences de l'ordre public international et notamment des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la CESDH et 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; qu'en l'espèce, la société Chevron faisait valoir qu'à défaut d'une autorisation juridictionnelle préalable, les visites inopinées et saisies domiciliaires mises en oeuvre à son encontre au Royaume-Uni n'avaient pas répondu aux exigences des articles 6 et 8 de la CESDH et des articles 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; qu'en refusant de se prononcer sur ce moyen, au motif erroné qu'un tel contrôle relevait de la compétence exclusive des juridictions britanniques, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses propres pouvoirs, en violation des dispositions conventionnelles susvisées, ensemble l'article 3 du code civil et les principes du droit international privé ;

10°/ que l'énonciation, dans un considérant liminaire d'un règlement européen, de ce que « les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents » n'est pas de nature à dispenser le juge national d'examiner concrètement, dans le cas particulier qui lui est soumis, si les preuves qui ont été recueillies dans un autre Etat membre à la faveur de visites et saisies domiciliaires ont bien été obtenues dans des conditions compatibles avec les exigences de l'ordre public international et notamment avec les droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la CESDH et les articles 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; qu'en l'espèce, la société Chevron faisait valoir qu'eu égard à l'ampleur des pouvoirs coercitifs conférés aux agents de l'Office of Fair Trading par la section 65 F du Competition Act de 1998 (dans sa version amendée en 2004), à la rigueur des sanctions prévues en cas de refus de collaboration et au caractère inopiné des visites et saisies effectuées sans notification préalable dans ses locaux, une telle mesure d'instruction,

attentatoire au secret des correspondances professionnelles, nécessitait, pour être compatible avec les dispositions conventionnelles susvisées, une autorisation judiciaire préalable que ne pouvait suppléer le consentement qu'elle avait donné, le jour même de l'exécution de cette mesure ; qu'en se bornant à énoncer que « les droits nationaux français et britannique constituent des ensembles cohérents différents susceptibles de garantir de façon différente les droits fondamentaux des parties et qu'ainsi que le mentionne le considérant 16 sus-rappelé du règlement [n° 2003/1], “les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents” », pour en déduire que le défaut d'équivalence des garanties fondamentales en France et au Royaume-Uni allégué n'était pas établi et se dispenser en conséquence d'effectuer la recherche qui lui était demandée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions conventionnelles susvisées ;

11°/ que la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en acceptant de prendre en compte les pièces saisies au Royaume-Uni à l'appui des poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorité et juridiction françaises, quand le risque d'infraction aux règles communautaires de la concurrence n'avait pas été visé par le rapporteur général avant la demande d'assistance, qui était indispensable dès lors que les investigations contestées avaient lieu au Royaume-Uni, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003, ainsi que de l'article 81 du Traité CE devenu 101 TFUE ;

12°/ que ne peuvent être retenus comme preuves, dans le cadre de faits poursuivis et sanctionnés en France, devant les autorité et juridiction françaises, les éléments obtenus dans des conditions non conformes à la conception française de l'ordre public international ; que les exigences de l'ordre public international, au sens du droit international privé français, impliquent que les personnes concernées par une visite domiciliaire puisse obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ; qu'après avoir constaté que la procédure mise en oeuvre en l'espèce au Royaume-Uni pour procéder aux visites domiciliaires ressortissait au domaine des enquêtes réalisées sans autorisation judiciaire préalable, ce dont il résultait que les visites et saisies avaient été effectuées dans des conditions ne répondant pas aux exigences de la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel, qui a néanmoins admis que les pièces saisies dans ces conditions puissent être utilisées à l'appui des poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorité et juridiction françaises, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi l'article 8 de la CESDH, ensemble l'article 22 du règlement 1/2003, l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ;

13°/ que ne peuvent être retenus comme preuves, dans le cadre de faits poursuivis et sanctionnés en France, devant les autorités et juridictions françaises, les éléments obtenus dans des conditions non conformes à la conception française de l'ordre public international ; qu'il appartient au juge appelé à exercer son contrôle sur les poursuites de s'assurer lui-même du respect des exigences de l'ordre public international, au sens du droit international privé français, qui impliquent que les personnes concernées par une visite domiciliaire puisse obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ; qu'en refusant d'apprécier la régularité des mesures, et plus particulièrement celle de la décision prescrivant la visite, au regard des exigences de la conception française de l'ordre public international, motifs pris de ce qu'un tel contrôle ressortirait à la seule compétence du juge britannique, lorsque les mesures ainsi exécutées étaient exclusivement destinées à être exploitées dans le cadre de poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorités et juridictions françaises, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation de l'article 8 de la CESDH, ensemble l'article 22 du règlement 1/2003, l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ;

14°/ que la société Esso faisait valoir que le système juridique français imposait un contrôle judiciaire préalable à des opérations de visite et saisie pour que soient garantis les droits fondamentaux des entreprises ; qu'après avoir constaté qu'en l'espèce, la décision de procéder à des visites et saisies n'avait donné lieu à aucun contrôle judiciaire, la cour d'appel, qui s'est néanmoins dispensée d'examiner si, concrètement, les droits fondamentaux des entreprises poursuivies ne s'en étaient pas trouvés bafoués, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 8 de la CESDH ;

15°/ que ne peuvent être retenus comme preuves, dans le cadre de faits poursuivis et sanctionnés en France, devant les autorités et juridictions françaises, les éléments obtenus dans des conditions non conformes à la conception française de l'ordre public international ; qu'il appartient au juge appelé à exercer son contrôle sur les poursuites de s'assurer lui-même du respect des exigences de l'ordre public international, au sens du droit international privé français, qui impliquent que les personnes concernées par une visite domiciliaire puissent soumettre les opérations de visite et saisie au contrôle des autorités judiciaires ; qu'en refusant d'apprécier la régularité des mesures, et plus particulièrement le déroulement des visites et saisies, au regard des exigences de la conception française de l'ordre public international, motifs pris de ce qu'un tel contrôle ressortirait à la seule compétence du juge britannique, lorsque les mesures ainsi exécutées étaient exclusivement destinées à être exploitées dans le cadre de poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorités et juridictions françaises, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation de l'article 8 de la CESDH,

ensemble l'article 22 du règlement 1/2003, l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ;

16°/ que la société Esso faisait expressément valoir, dans son mémoire devant la cour d'appel de renvoi, que l'ordre public français imposait un contrôle judiciaire effectif du déroulement des visites et saisies dès lors que les pièces recueillies dans ce cadre étaient destinées à s'intégrer dans une procédure française ; qu'en refusant de s'interroger sur la conformité aux exigences de l'ordre public français de l'absence de tout contrôle, au Royaume-Uni comme en France, de la régularité des visites et saisies opérées au Royaume-Uni, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des article 8 de la CESDH, ensemble les principes du droit international privé français ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir justement énoncé que, selon l'article 22 du règlement n° 1/2003, qui est d'application directe, l'autorité de concurrence qui accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête y procède en appliquant son droit national et non celui du pays de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée, que les dispositions de l'article 22 du règlement, qui ne peuvent être utilisées que pour la recherche d'une infraction relevant, à tout le moins, des dispositions des articles devenus 101 et 102 du Traité, ne subordonnent pas l'exécution de la mesure d'enquête sollicitée à l'autorisation préalable d'un juge de l'Etat pour le compte duquel elle est effectuée, que l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance sous le contrôle des juridictions compétentes de cet Etat et qu'il n'appartient pas au juge français d'autoriser ou de contrôler le déroulement de mesures d'enquête sur d'autres territoires que son territoire national, l'arrêt retient qu'en autorisant par écrit, le 12 avril 2005, sur le fondement de l'article 65 F du Competition Act de 1998, une enquête dans les locaux des entreprises concernées au Royaume-Uni, le président de l'Office of Fair Trading (OFT) a exercé une appréciation de droit et de fait sur la demande qui lui était présentée par l'Autorité française et que l'argumentation des requérantes, prise de l'absence d'autorisation judiciaire préalable à la demande d'assistance, vise en réalité tant à remettre en cause des mesures autorisées et exécutées au Royaume-Uni selon le droit britannique, seul applicable par application de l'article 22 du règlement n° 1/2003, qu'à faire apprécier par le juge français la conformité à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (la CSDH) et à la Charte des droits fondamentaux des dispositions du Competition Act britannique, cependant que de tels contrôles relèvent du juge britannique, que les parties ne soutiennent pas avoir saisi à cette fin ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, devant laquelle les sociétés Total Outre-mer et Total Réunion n'avaient pas soutenu ne pas pouvoir exercer un recours devant le juge britannique, a statué à bon droit ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir rappelé que la plainte dont la société Air France avait initialement saisi l'Autorité était fondée sur les dispositions tant du droit communautaire que du droit national de la concurrence, l'arrêt retient, par une appréciation souveraine des pièces produites par les parties, qu'en ce qui concerne la demande du 3 décembre 2004 adressée à l'autorité britannique, le grief de violation du principe de coopération loyale au sein du réseau des autorités de concurrence, invoqué par les sociétés requérantes, n'est pas établi, pas plus qu'il n'est justifié d'erreurs, d'inexactitudes ou d'omissions qui auraient empêché l'OFT de se prononcer en toute connaissance de cause ; qu'il en déduit que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 ont été méconnues ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la troisième branche, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, qui est inopérant en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° R 13-16.764, pris en ses première et deuxième branches, le cinquième moyen du pourvoi n° S 13-16.765, pris en ses première, deuxième et quatrième branches, et les cinquièmes moyens des pourvois n° V 13-16.745 et Y 13-16.955, réunis :

Attendu que les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron et Esso font encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète tenant notamment compte des facteurs d'aggravation et d'atténuation de la pratique incriminée ; qu'en affirmant péremptoirement que « les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont, par nature, des infractions particulièrement graves, que l'OCDE les qualifie d'ententes "injustifiables" (et) que l'entente en cause est de cette nature », la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ que le dommage à l'économie n'est suffisamment déterminé que si les estimations de l'Autorité du prix payé par les clients sont fondées sur une méthode scientifiquement reconnue ; qu'en décidant que l'Autorité avait suffisamment évalué le dommage à l'économie, bien que sa motivation générale et abstraite ne reposait sur aucune méthode scientifiquement reconnue, la cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ que de nouvelles pratiques anticoncurrentielles ne constituent une réitération que si elles sont identiques par leur nature et leur objet aux précédentes ; qu'en affirmant, pour retenir la circonstance

aggravante de réitération à l'encontre de la société Total Réunion, que les pratiques précédemment sanctionnées en 1993 ont un objet similaire à celui des pratiques actuellement en cause en ce qu'elles tendent à fausser le jeu de la concurrence entre compagnies pétrolières au préjudice des compagnies aériennes présentes sur l'île de La Réunion, après avoir constaté que les pratiques anticoncurrentielles relevées par la précédente décision avaient eu pour objet ou pour effet d'interdire l'accès au marché d'une compagnie pétrolières aujourd'hui partie à l'entente, ce dont il résulte que l'objet des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées était différent, obstacle à l'entrée sur le marché d'une compagnie pétrolière en 1993 et entente sur les prix en 2008, la cour de renvoi, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4^o/ que l'Autorité avait successivement énoncé dans sa décision que « l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie doit tenir compte de la taille des marchés directement ou indirectement affectés et des effets des pratiques sur ces marchés », qu'en l'espèce, ce dommage ne se limitait pas au préjudice financier subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce la société Air France, et que l'on pouvait ainsi considérer que « l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de La Réunion est potentiellement affecté puisque, comme le reconnaissent elles-mêmes les compagnies pétrolières dans leurs écritures, l'intensité de la concurrence entre elles pour servir les autres compagnies aériennes, comme Corsair, AOM, Air Austral ou Air Bourbon, est affectée par le résultat de l'appel d'offres de la société Air France » ; qu'en estimant, pour sa part, que les requérantes étaient fondées à soutenir qu'il n'était pas établi que l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de La Réunion ait été potentiellement affecté par les pratiques en cause, mais que cette circonstance n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation faite par l'Autorité de l'importance du dommage à l'économie, la cour d'appel, qui a par là refusé de tirer les conséquences légales qui s'évinçaient du dissentiment qu'elle avait exprimée à l'égard des appréciations de l'Autorité relatives à l'étendue des répercussions de l'entente, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5^o/ qu'en se bornant à énoncer que c'est à tort que les requérantes soutiennent que l'Autorité n'aurait pas proportionné les sanctions à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de groupe auxquelles appartiennent les entreprises et (...) contestent le montant des sanctions déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée, de façon motivée, quand il lui appartenait de répondre de manière concrète et motivée au moyen par lequel la société Chevron soulignait, de première part, que l'entente qui lui était imputée n'avait pu affecter qu'une fraction très minoritaire du prix du kérosène acquitté par la société Air France en 2003 sur le marché réunionnais, de deuxième part, que la société Air France avait elle-même évalué le préjudice

qu'elle prétendait avoir subi du fait de l'entente à une somme limitée à 1,2 million d'euros, ainsi plus de 34 fois inférieure à la somme des sanctions infligées par l'Autorité, et, de troisième part, que la sanction de 10 millions d'euros qui lui avait été personnellement infligée était sans rapport avec le chiffre d'affaires réalisé par la société Chevron avec la société Air France en 2003, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6°) que la caractérisation d'un dommage à l'économie suppose une estimation fondée sur une méthode scientifiquement reconnue garantissant une comparaison des prix effectivement pratiqués sur le marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles retenues et ceux des concurrents étrangers sur ce marché ou ceux des sociétés en cause sur d'autres marchés, après avoir éliminé l'influence d'autres facteurs explicatifs de différence de prix entre ces situations ; qu'en l'espèce, pour retenir un dommage à l'économie en se contentant de relever l'ordre de grandeur du marché en cause et d'énoncer que les pratiques relatives au kérosène étaient susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport dès lors que ce kérosène représentait une partie du prix total du billet d'avion, la cour d'appel, qui s'est prononcée par une motivation générale et abstraite ne caractérisant qu'une éventualité de dommage, ne s'est livrée à aucune évaluation fondée sur une méthode scientifique éprouvée et a ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7°) que la sanction doit, notamment, être proportionnée au dommage à l'économie ; qu'en se bornant à relever, pour évaluer la sanction, que « dès lors que le kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur », la cour d'appel, qui n'a fait que constater l'existence d'un impact éventuel sur le prix du billet d'avion et non sa mesure, n'a pas apprécié le rapport de proportionnalité entre la sanction et le dommage à l'économie, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir énoncé que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont des infractions particulièrement graves, que l'entente en cause est de cette nature, que la gravité des pratiques est appréciée, notamment, au regard de la nature de la restriction à la concurrence, de leur durée, de leur objet, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune d'elles sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence et que, s'agissant d'un marché d'appel d'offres, par nature instantané, la durée à prendre en considération est celle du temps pendant lequel les prix et les parts de marché ont échappé, du fait de cet accord de volontés, au jeu normal qui serait résulté d'une compétition non faussée au départ et qu'en l'espèce,

cette durée est restée limitée puisqu'il s'agissait d'un marché annuel, l'arrêt retient, d'abord, que la pratique en cause, tendant à tromper la société Air France, acheteur, sur la réalité et les effets de la concurrence entre les entreprises mises en concurrence, revêt, par sa nature même, un caractère de gravité qui n'est pas atténué par le fait qu'il s'agit d'un appel d'offres privé, ensuite, que les requérantes, en se concertant pour offrir au premier tour des quantités dont le total correspondait exactement aux besoins de la société Air France, et en modifiant peu leurs offres en volumes et en prix lors des tours suivants, ont contraint la société Air France à accepter des propositions comportant en 2002 une hausse de la part fixe du prix appelée "différentiel" de près de 30 % par rapport à l'année précédente, encore, que les entreprises impliquées dans cette entente appartiennent à des groupes mondiaux et que l'entente concerne toutes les entreprises mises en concurrence par la société Air France, étant rappelé que pour les vols directs de grande distance à partir de La Réunion, les compagnies aériennes ne peuvent s'approvisionner ailleurs, enfin, que les effets de la pratique se sont prolongés durant toute l'année 2002-2003 durant laquelle ont été exécutés les contrats résultant de cet appel d'offres ; qu'ayant ainsi apprécié la gravité des pratiques par une analyse concrète au regard des faits de l'espèce, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir rappelé, par motifs propres et adoptés, qu'il doit être procédé à l'appréciation du dommage causé à l'économie en tenant compte de tous les aspects de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal et concurrentiel des marchés par la pratique en cause, et que ce dommage ne se limite pas aux préjudices qu'ont pu subir les victimes de l'infraction ou aux surprofits qu'ont pu réaliser leurs auteurs, l'arrêt retient, d'abord, que l'entente a été organisée par des compagnies pétrolières appartenant à des "majors du secteur", qui avaient chacune la possibilité d'y faire obstacle en adoptant un comportement autonome sur le marché, et que, de ce point de vue, le dommage à l'économie est important, ensuite, que la décision a tenu compte de la taille des marchés en cause affectés par la pratique en relevant que le marché de la fourniture de carburéacteur à la société Air France sur l'escale de La Réunion représente un coût pour l'acheteur de l'ordre de 23 millions d'euros et que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, est d'environ un tiers de cette somme ; qu'il retient que, s'agissant du marché connexe du transport aérien de voyageurs entre La Réunion et la métropole, les pratiques en cause étaient susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur ; qu'il relève encore que, sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux prix du kérosène, qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité, et, en outre, que la demande sur l'île de La Réunion émane d'une clientèle captive car les compagnies aériennes ne peuvent s'approvisionner ailleurs et seulement auprès des compagnies pétrolières membres des GIE dont l'existence constitue, au moins à court terme, une barrière à l'entrée du marché ; qu'il ajoute que, si le dommage est

élevé au regard de l'importance du transport aérien pour l'île de La Réunion, il reste limité au regard de la taille des entreprises mises en cause ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'après avoir relevé que la société Total Réunion venait aux droits de la société Total Réunion Comores, laquelle avait été sanctionnée, de même que la société Elf Antar, par une décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993 de l'Autorité, pour des pratiques contraires aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance devenus L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, mises en oeuvre sur le marché de la distribution du carburéacteur dans le département de La Réunion, ces pratiques ayant eu pour objet ou pour effet d'interdire l'accès à la société Esso Réunion à ce marché, l'arrêt retient que de telles pratiques avaient un objet similaire à celles de l'espèce en ce qu'elles tendaient à fausser le jeu de la concurrence entre compagnies pétrolières présentes sur l'île de La Réunion, peu important que la structure du marché ait changé avec l'arrivée de nouveaux entrants ou que la part du marché de la société Total Réunion ait changé ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que les nouvelles pratiques d'entente reprochées à la société Total Réunion étaient de même type que les précédentes, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les autres griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne les sociétés Total Outre-mer, Total Réunion, Chevron Products Company et Esso SAF aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer chacune la somme de 3 000 euros, d'une part, au président de l'Autorité de la concurrence, d'autre part, à la société Air France ; rejette les autres demandes ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt janvier deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils, pour la société Chevron Products Company, demanderesse au pourvoi n° V 13-16.745

PREMIER MOYEN DE CASSATION

(Sur la recevabilité de l'intervention d'Air France)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit recevable l'intervention de la société AIR FRANCE ;

AUX MOTIFS QU'« aux termes de l'article R. 464-17 du code de commerce : "Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article R. 464-12 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14." ; qu'en l'espèce, à la suite des recours déposés les 11 et 12 janvier 2009 contre la Décision par les sociétés requérantes - qui ont, dans les cinq jours suivant le dépôt de leur déclaration de recours, adressé à la société Air France copie de cette déclaration conformément aux dispositions de l'article R. 464-14 du même code, la société Air France s'est jointe à l'instance par déclaration déposée au greffe de la cour d'appel le 12 février 2009 ; que, contrairement à ce que soutient cette société, son intervention ne peut être qualifiée d'intervention volontaire accessoire au sens de l'article 330 du code de procédure civile ; qu'il s'agit d'une intervention volontaire par jonction à l'instance au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce formée par une société qui était partie en cause devant le Conseil qu'elle avait elle-même saisi en invoquant des pratiques anticoncurrentielles reprochées aux compagnies pétrolières ; que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et énonce l'objet de son intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; que cette déclaration d'intervention est ainsi motivée : "le conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que l'intervenante, qui a fait référence à la décision du Conseil dont la motivation était connue de toutes les requérantes, a ainsi précisé approuver tant en fait qu'en droit la motivation de cette décision ; qu'il ne peut être soutenu que sa déclaration d'intervention n'était pas motivée au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce ; qu'il en résulte que la réserve de l'intervenante relative à la précision ultérieure de "moyens à l'appui de son intervention" ne peut être

interprétée comme une référence à l'article R. 464-12, 2° du code de commerce qui ne trouve application que lorsque la déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que cette réserve ne peut être comprise que comme l'indication que l'intervenante entendait conclure à nouveau et ce, au surplus, d'autant plus que les délais dans lesquels les entreprises sanctionnées ayant formé un recours contre la décision du Conseil devaient exposer leurs moyens n'étaient pas expirés à la date de l'intervention ; que l'intervention de la société Air France est par conséquent recevable » ;

ALORS QUE les dispositions du titre IV du livre II du Code de procédure civile, au nombre desquelles figure l'article 954 alinéa 4, d'après lequel « la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs », sont sans application dans le contentieux de la répression des pratiques anticoncurrentielles ; qu'il résulte de la combinaison des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, dans leur rédaction applicable en la cause, que lorsque le recours exercé à l'encontre d'une décision du Conseil de la concurrence risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant le Conseil, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; qu'en jugeant que la simple formule de style par laquelle la société AIR FRANCE, intervenante devant la Cour d'appel de Paris, avait sollicité la confirmation de la décision frappée de recours, se bornant à déclarer que « le conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention » pouvait tenir lieu de motivation puisque les motifs de la décision du Conseil étaient connus de toutes les requérantes, la Cour d'appel, qui a par-là implicitement appliqué les dispositions de l'article 954, alinéa 4, du Code de procédure civile, au mépris des dispositions expresses contraires des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, a violé les textes susvisés, ensemble l'article R. 464-10 du même Code.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur l'application du droit de l'Union européenne)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société CHEVRON PRODUCTS COMPANY à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QU'AUX termes de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE : "Sont incompatibles avec le

marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun." ;

Que le critère d'affectation du commerce, qui conditionne l'application de ce texte, a été explicité par les juridictions communautaires ; que les "lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité", ci-après les lignes directrices ou LD (Communication de la Commission 2004/C 101/07, JOUE du 27 avril 2004) ont notamment pour objet d'exposer les principes dégagés jusqu'à cette date par lesdites juridictions, étant rappelé que ces LD (n° 4 et 16) n'abordent pas la question de "ce qui constitue une restriction sensible du jeu de la concurrence" (traitée par la Communication concernant les accords d'importance mineure) qui est une question "distincte de la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres" ; que les LD présentent, pour l'application de la notion d'affectation du commerce, une "méthodologie" à laquelle s'est à juste titre référée la Décision ;

Qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu'"amicus curiae" à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) discuté par les requérantes ;

Qu'il doit également être rappelé que "le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas" ; qu'il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence qui n'est pas applicable aux accords et pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres (lignes directrices n° 12) ; qu'il en résulte que l'analyse ne peut être menée par analogie avec d'autres décisions rendues dans des situations qui ne sont pas en tous points analogues ;

Que les lignes directrices (n° 18) précisent que "l'application du critère de l'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments : a) la notion de "commerce entre Etats membres", b) la notion de "susceptible d'affecter", c) la notion de "caractère sensible" ; que cette approche est suivie par les parties ;

Que s'agissant, en premier lieu, de "la notion de "commerce entre Etats membres"", il est fait référence à la jurisprudence exposée aux n° 19 à 22 des lignes directrices ainsi rédigés :

"19. La notion de "commerce" n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement. Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux.

"20. D'après une jurisprudence constante, la notion de "commerce" englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence. Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette entreprise.

"21. La condition de l'existence d'une affectation du commerce "entre Etats membres" suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux Etats membres. Il n'est cependant pas indispensable que l'accord ou la pratique affectent le commerce entre l'ensemble d'un Etat membre et l'ensemble d'un autre Etat membre. En effet, les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un Etat membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible.

"22. L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational." ;

Que la notion de commerce ainsi définie vise les échanges de produits et ceux de services ; que sont, en l'espèce, concernés tant les échanges concernant le carburéacteur que ceux, connexes auxquels ces échanges sont destinés, à savoir les services de transports aériens ;

Que la Décision retient exactement qu'en l'espèce, les échanges entre Etats membres concernent :

- non seulement le marché direct de la vente de carburéacteur dont le fonctionnement est décrit par la Décision (n° 29 et suivants) ; que les offreurs sur les marchés sur appel d'offres organisés par Air France pour son escale de la Réunion sont des entreprises internationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de l'Union dont la France et le Royaume-Uni, étant observé que sur l'appel d'offres de 2002 en cause, trois des entreprises qui ont soumissionné avaient leur siège à Londres ou dans sa proche banlieue ; qu'en outre, l'achat du carburéacteur

fourni sur l'île de la Réunion est, selon un accord entre les pétroliers, effectué à tour de rôle par la société de "trading" d'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies (Décision n° 33) dont trois sont établies au Royaume-Uni ;

- mais aussi le marché connexe du transport de passagers entre la Réunion et la métropole, étant observé que la Réunion est une destination touristique et que les liaisons aériennes avec l'île se faisant à partir de la France continentale sont susceptibles d'être utilisées par des voyageurs en provenance ou à destination de tout Etat membre de l'Union européenne, peu important à cet égard que les passagers en provenance et à destination d'un Etat membre autre que la France soient, de fait, très minoritaires ;

Que c'est, au vu de ces éléments, à juste titre que la Décision retient qu'il existe des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés par la pratique, peu important que le carburéacteur servant à l'avitaillement des avions Air France ait initialement été acquis par les compagnies pétrolières en cause auprès de pays tiers à l'Union européenne ;

Que s'agissant, en deuxième lieu, de "la notion de "susceptible d'affecter" qui a pour rôle de "définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre Etats membres, il est fait référence aux numéros 23 à 43 des lignes directrices qui présentent une synthèse de la jurisprudence communautaire ainsi qu'aux illustrations de la section 3 des mêmes LD, étant rappelé que dans ces lignes directrices, le terme "produits" désigne les produits et les services (note 10) ;

Qu'il en résulte notamment :

- que cette notion "suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres" (n° 23) ;

- "qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre Etats membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est « de nature » à affecter le commerce entre Etats membres" ; qu'il n'y a ni obligation ni nécessité de calculer le volume réel du commerce intracommunautaire affecté par l'accord (n° 26 et 27) ;

- que "l'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause (n° 28) ;

- que "l'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre États membres peut être "directe ou indirecte, actuelle ou potentielle (n° 36) ; que l'influence directe est normalement en rapport avec les produits concernés par l'accord (n° 37) et qu'il n'est pas rare que l'influence indirecte soit en rapport avec des produits apparentés à ceux concernés par l'accord, mais peut être en rapport avec ces produits (n° 38 et 39) ; que ce qui compte, c'est la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres et non de savoir si, à un moment donné, ils l'affectent réellement ; que l'intégration de l'influence indirecte ou potentielle dans l'analyse de l'affectation du commerce entre États membres ne signifie nullement que cette analyse peut reposer sur une influence éloignée ou hypothétique (n° 42 et 43) ;

Que, si ainsi que le soulignent les requérantes, l'île de la Réunion ne représente qu'une partie du territoire national, l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause car le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision (n° 175), "il n'existe pas de seuil quantitatif a priori permettant de déclarer que le commerce intracommunautaire n'est pas susceptible d'être affecté" ;

Que les entreprises auxquelles il est reproché de s'être concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour la fourniture en carburéacteur de son escale à la Réunion, sont des filiales de groupes pétroliers mondiaux et possèdent des établissements dans plusieurs États membres de l'Union européenne ;

Que le carburéacteur ainsi vendu à Air France est préalablement acquis à tour de rôle par la société de "trading" d'une des mêmes entreprises ; qu'il est inopérant pour les requérantes d'invoquer la provenance géographique du carburéacteur qu'elles ont vendu à Air France après l'avoir, pour certaines, acquis sur un territoire de l'Union européenne (Cf Décision n° 33) ;

Que la pratique reprochée aux requérantes est une entente horizontale de répartition de marché entre tous les participants à un appel d'offres annuel ; qu'un tel accord aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un profit affecte la structure même de la concurrence ;

Que si, ainsi que soutient la société Esso, aucune autre entreprise pétrolière n'avait, à l'époque des faits, manifesté la volonté de s'implanter sur l'île de la Réunion pour servir la demande des compagnies aériennes, il n'en demeure pas moins que l'entente en cause était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion, marché qui, ainsi que le rappelle la Décision (n° 37 à 42) s'était déjà jusqu'en 2001 ouvert à d'autres entreprises ;

Qu'il n'est pas sérieusement contestable que le coût du carburéacteur constitue une composante significative du prix de vente d'un billet d'avion et qu'une variation du prix du carburéacteur, produit concerné par l'entente incriminée, est donc susceptible d'avoir une incidence directe sur le prix du billet d'avion acquitté par les passagers et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de vols "longs courriers" ; que sont concernés tous les passagers Air France qui font un aller-retour entre la Réunion et Paris ou, via Paris, entre la Réunion et un autre pays de l'Union ;

Qu'ainsi, l'entente reprochée, qui affecte directement le prix du carburéacteur vendu à Air France à la Réunion et donc celui du billet d'avion, est indirectement susceptible d'avoir une incidence sur les activités transfrontalières de la société Air France qui, de la Réunion à ou via Paris, permet le transport de passagers européens, français ou non (et provenant ou retournant de ou sur l'ensemble du territoire français ou, via ce territoire, de ou sur celui d'autres Etats membres) ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'influence de la pratique en cause sur les courants d'échanges entre Etats membres n'apparaît ni hypothétique, ni spéculative (Cf LD n° 43) ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les requérantes ne sont pas fondées à reprocher à la Décision d'avoir retenu que l'accord en cause avait la capacité d'affecter le commerce entre Etats membres ;

Que s'agissant, en troisième lieu, de "la notion de "caractère sensible"", il est fait référence aux lignes directrices en ce qu'elles rappellent la jurisprudence communautaire (notamment LD n° 44 à 57 et n° 89 à 92), aux observations d'"amicus curiae" sus-visées et à la jurisprudence de la Cour de cassation discutée par les parties : Com. 1^{er} mars 2011 intervenu dans la présente affaire et Com. 31 janvier 2012 susvisé ;

Que les Lignes directrices, dans la section 2, explicitent "la notion de caractère sensible" en ces termes :

"44. Le critère de l'affectation du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit communautaire aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur. Les accords et pratiques échappent à l'interdiction énoncée aux articles 81 et 82 lorsqu'ils n'affectent le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ... Le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ... "

"45. L'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause. Si les accords ou les pratiques sont, par leur nature même,

susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, le seuil du caractère sensible est inférieur à celui des accords et pratiques qui ne sont pas, par leur nature même, susceptibles d'affecter ce commerce. Plus la position de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres pourra être considéré comme le faisant de façon sensible ... " ;

Que, s'agissant des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, les Lignes directrices invoquées par les parties sont ainsi rédigées :

"89. Sur le plan qualitatif, la méthode d'appréciation des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre est la même que pour les accords couvrant l'ensemble d'un Etat membre. Autrement dit, l'analyse décrite à la section 2 s'applique. En revanche, dans l'appréciation du caractère sensible, il convient d'établir une distinction entre ces deux catégories pour tenir compte du fait que seule une partie d'un Etat membre est concernée par l'accord. Il faut en outre considérer la partie du territoire national qui est sensible au commerce. Si, par exemple, les frais de transport ou le rayon d'action du matériel font qu'il n'est guère rentable économiquement pour les entreprises d'autres Etats membres de desservir l'ensemble du territoire d'un autre Etat membre, le commerce est susceptible d'être affecté dès lors que l'accord interdit l'accès à la partie du territoire d'un Etat membre qui est sensible au commerce, pour autant que cette partie ne soit pas négligeable ..."

"90. Si un accord interdit l'accès à un marché régional, le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible. Cette appréciation ne saurait reposer sur la seule couverture géographique ; il faut aussi accorder un certain poids à la part de marché des parties à l'accord. Même si les parties détiennent une forte part d'un marché régional parfaitement défini, la taille de ce marché en termes de volume peut encore être insignifiant par rapport aux ventes totales des produits en cause dans l'Etat membre en cause. C'est pourquoi il est généralement considéré que le meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter (sensiblement) le commerce entre Etats membres est la part du marché national en volume à laquelle l'accès est interdit. Par conséquent, les accords couvrant des régions présentant une forte concentration de la demande auront plus de poids que les accords couvrant des régions où la demande est moins concentrée. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être importante".

"91. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce

est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière".

"92. Pour les cas de cette catégorie, on pourra trouver certaines orientations dans la jurisprudence relative à la notion, dans l'article 82, de partie substantielle du marché commun ... Les accords qui, par exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres Etats membres d'avoir accès à une partie d'un Etat membre constituant une partie substantielle du marché commun devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre États membres" ;

Que la Commission européenne a souhaité, dans l'affaire précitée ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2012 (B. 16), présenter devant la Cour de cassation, saisie de pourvois contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, des observations en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ; que la Commission a indiqué (Cf ses observations n° 8, 14 et 16 notamment) que les raisons de son assistance en tant qu'*amicus curiae*" tenaient au fait :

- que l'arrêt de la cour d'appel du 23 septembre 2010 – qui avait "appliqué, sans le citer, le test du paragraphe 90 des Lignes directrices" (à savoir, un volume des ventes affecté significatif par rapport au volume des ventes globales des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause) – avait fait une interprétation restrictive de la notion d'affectation sensible du commerce entre Etats membres ;

- qu'elle considérait que par une telle interprétation restrictive, l'arrêt de la cour d'appel "s'écarte du droit de l'Union tel qu'il est interprété par les juridictions de l'Union et propose une interprétation erronée des Lignes directrices",

- et qu'elle estimait qu'une telle interprétation "est de nature à mettre en péril la mise en oeuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE en France ainsi que l'application cohérente de ces textes dans les Etats membres et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence" ;

Que la Commission rappelle notamment que, "pour entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, il n'est pas exigé que les ententes visées aient affecté sensiblement les échanges communautaires. Il doit être établi que ces ententes sont de nature à avoir un tel effet" et explicite les points ci-dessus rappelés des Lignes directrices (en particulier LD n° 26 et 45) ;

Qu'elle précise notamment :

- que "pour apprécier l'effet sensible, l'application du seul critère tiré du volume des ventes posé par le paragraphe 90 des Lignes directrices

appliqué isolément ne saurait se substituer à une analyse de l'ensemble des circonstances de la cause. Il ressort en effet de la jurisprudence que l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants" ;

- que "les Lignes directrices ne peuvent être interprétées comme permettant l'exclusion automatique et a priori du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit des dispositions pertinentes du Traité ; qu'à cet égard, il ressort également de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique décisionnelle de la Commission que des cas concernant des ports ou des aéroports peuvent avoir un effet sensible sur le commerce entre Etats membres" ;

Qu'au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence :

- il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres et ce, que soit "en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012) ou "en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation prononcé le 1^{er} mars 2011 dans la présente affaire) ; que, contrairement à ce que soutiennent ou évoquent les parties, aucun élément ne permet de retenir que l'arrêt du 31 janvier 2012 établirait "un test nouveau combinant les deux méthodes classiques dont le test multicritère propre au cas d'abus de position dominante" (conclusions en réplique de Shell n° 67) ;

- que les parties (Cf notamment mémoire en réplique de Total Réunion n° 73 à 115) ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment qu'en matière d'entente sur une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres dépend de deux critères spécifiques qui seraient celui du ratio (Cf ci-dessus) et celui de l'éviction d'une partie substantielle du marché commun, critères qui ne seraient, ni l'un, ni l'autre remplis en l'espèce ;

- que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à Air France dit affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'ait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas "la capacité" d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres ;

Qu'en l'espèce :

- les compagnies pétrolières sont des entreprises de taille mondiale qui ont des activités dans l'Union européenne ; que les entreprises en cause sont, en effet, soit des "filiales aviation" de tels groupes pétroliers, soit leurs filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que le chiffre d'affaires cumulé des entreprises sanctionnées par la Décision s'élève, pour la seule vente de carburéacteur, à 16 milliards euros, se chiffrant selon les entreprises en millions ou en milliards euros ;

- qu'ainsi qu'il a été dit, l'entente reprochée à ces entreprises était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion ; qu'il est, en outre, observé que le marché du carburéacteur à la Réunion, représentant pour les années en cause un chiffre d'affaires d'environ 50 millions euros dont 22 millions pour le seul appel d'offres d'Air France, n'était pas insignifiant et pouvait donc être attractif ;

- qu'il s'agit d'un marché pérenne dès lors que, pour les vols directs pour la métropole qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autres possibilités pour les compagnies aériennes que de s'approvisionner en carburéacteur à la Réunion (Cf : sur l'approvisionnement: Décision n° 212 et suivants) ;

- que l'aéroport international de Saint-Denis de la Réunion ne peut être qualifié de petit aéroport alors qu'il n'est pas contesté qu'il s'agit du plus important aéroport français d'outre-mer avec un trafic de près de 1,5 million de passagers et de plus de 25 000 tonnes de fret pour les années en cause ;

- que si les parties ne sont pas contredites lorsqu'elles font état des caractéristiques géographiques et économiques de l'île de la Réunion (Cf ci-dessus), force est de constater que la superficie de ce territoire est aussi, voire plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne ;

- qu'en outre, s'agissant d'une île très éloignée de la France métropolitaine et des autres territoires de l'Union, le transport aérien constitue un facteur de non-enclavement qui lui confère une importance spécifique, d'autant qu'il n'est contesté qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de vols pour les passagers vers d'autres destinations européennes que Paris ; que, dès lors, les vols La Réunion-Paris constituaient une escale vers les autres destinations européennes, peu important à cet égard la nationalité des passagers empruntant de fait ces vols longs courriers ;

Que la réunion de ces éléments qui, pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants, établit que l'entente reprochée aux

requérantes était de nature à affecter sensiblement les échanges communautaires ;

Qu'il résulte de tout ce qui précède que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le droit de l'Union (article 101 du TFUE) est applicable en l'espèce ;

1/ ALORS QUE les observations présentées dans le cadre d'un litige particulier par la Commission européenne en application de l'article 15 §. 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de force contraignante à l'égard des juridictions de l'Union et ne sauraient a fortiori se voir attribuer une autorité supérieure aux lignes directrices par lesquelles la Commission communique un guide d'interprétation des dispositions des articles 101 et 102 du TFUE contribuant au bon fonctionnement du système décentralisé de mise en oeuvre du droit des ententes, tel qu'établi par le règlement n° 1/2003 ; qu'il s'ensuit que les juridictions nationales ne sauraient faire prévaloir les premières sur les secondes sans préciser les motifs qui fondent cette préférence ; que dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus 101 et 102 du TFUE), la Commission a énoncé qu'en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie du territoire d'un Etat membre, « le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible » ; qu'en décidant néanmoins de faire prévaloir sur ce critère tiré du volume des ventes affectées par les pratiques incriminées rapporté au marché national, pourtant qualifié par les lignes directrices susvisées de « meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres », l'analyse « multicritères » particulièrement floue et imprévisible tardivement préconisée par la Commission dans les observations qu'elle avait délivrées dans le cadre d'un autre litige, sans s'expliquer sur les mérites intrinsèques de chacune de ces deux approches successives au regard des impératifs de sécurité juridique, de prévisibilité et d'effectivité du droit communautaire de la concurrence, ni préciser les raisons d'espèce pour lesquelles l'approche des lignes directrices aurait dû être écartée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et 15 §. 3 du règlement susvisé, ensemble le principe de sécurité juridique ;

2/ ALORS QU'en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie du territoire d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit s'apprécier par priorité au regard du volume de ventes affecté par l'entente par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat membre ; que ce critère prioritaire ne devient qu'un élément parmi d'autres, tirés de la nature des pratiques et des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante sur une portion du territoire national ; qu'en jugeant néanmoins qu'il ne pouvait être

soutenu qu'une analyse "multicritères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, la Cour d'appel a violé l'article 101 du TFUE ;

3/ ALORS QU'A supposer même qu'elle ait été fondée à mettre en oeuvre une analyse « multicritères » pour procéder à l'évaluation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, la Cour d'appel ne pouvait, sans violer l'article 101 du TFUE, tenir pour négligeable la circonstance, relevée par son propre arrêt, que le volume des ventes de carburéacteur à Air France affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'avait représenté qu'un pourcentage insignifiant (1,24 %) du volume de ventes global de carburéacteur en France durant la même période ;

4/ ALORS, en toute hypothèse, QUE l'évaluation de la capacité d'un accord d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres doit être menée sur la base d'éléments objectifs de droit ou de fait et ne saurait reposer sur des considérations purement hypothétiques ou spéculatives ; qu'en énonçant que l'entente reprochée aux sociétés pétrolières était « de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion », sans préciser concrètement en quoi la concertation imputée aux sociétés pétrolières au sujet de la détermination des volumes de carburéacteur qu'elles étaient disposées à offrir à Air France aurait été, à la supposer établie, de nature à entraver l'accès de ce marché local à d'autres sociétés pétrolières, quand il n'était pas contesté par ailleurs que l'adhésion aux deux groupements d'intérêt économique titulaires des infrastructures essentielles de stockage, de transport et d'avitaillement du carburéacteur sur le territoire de la Réunion était ouverte à toute autre société pétrolière qui en aurait fait la demande, ce qu'attestait l'adhésion de Tamoil, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 du TFUE ;

5/ ALORS, enfin, QU'EN l'état d'une entente suspectée ne couvrant qu'une partie du territoire d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres ne saurait se déduire de considérations tirées de la dimension des entreprises auxquelles cette entente est imputée, de la « pérennité » du marché local affecté, de sa contribution au désenclavement d'un territoire ultramarin, ni enfin de la superficie du territoire concerné ; qu'en se déterminant au regard de tels éléments, dépourvus de tout rapport avec l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 du TFUE.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur le sort des preuves recueillies à la suite des visites et saisies domiciliaires pratiquées au Royaume-Uni)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société CHEVRON PRODUCTS COMPANY à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE par courrier daté du 3 décembre 2004, le rapporteur général du Conseil a, sur le fondement de l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, adressé au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT) une demande d'assistance afin de recueillir des informations auprès des sociétés Exxon Mobil Aviation International Ltd, Chevron Texaco UK, Chevron Texaco Global Aviation et Shell Aviation Ltd exerçant leurs activités à Londres et concernées par les activités de vente de carburéacteur à Air France ; que le président de l'OFT a, le 12 avril 2005, autorisé, par application de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act), des membres de son personnel à pénétrer sans notification préalable dans les locaux des entreprises et à y exercer les pouvoirs conférés par ce texte ; que l'enquête a eu lieu le 14 avril 2005 conformément au droit britannique avec l'accord des entreprises concernées ; que trois rapporteurs désignés par décisions du Conseil ont assisté à l'enquête ; que l'OFT a transmis à l'Autorité française les documents produits par lesdites entreprises et ces documents ont été utilisés dans le cadre de la présente procédure ; (...)

Que sur les dispositions de l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, aux termes de l'article 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, devenus les articles 101 et 102 du TFUE : "1. Une autorité de concurrence d'un Etat membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12" ;

Que l'article 12 dudit règlement prévoit : "1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. 2. Les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information.(...)" ;

Que ces dispositions sont éclairées notamment par les considérants 15 et 16 du même règlement : « (15) Il convient que la Commission et les autorités de

concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. A cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les Etats membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau ». « (16) Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire » ;

Qu'il résulte de ce règlement européen, d'application directe, que c'est à juste titre que la Décision (n° 185 et suivants) distingue trois étapes relevant de contrôles distincts :

- la demande d'assistance qui est formulée par l'autorité nationale de concurrence qui souhaite en bénéficier,
- l'autorisation et le déroulement de l'enquête mise en oeuvre par l'autorité destinataire de cette demande,
- l'utilisation des informations obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'enquête a été réalisée ;

Qu'en application de l'article 22 sus-rappelé du règlement, l'autorité de concurrence qui accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête y procède en appliquant son droit national et non celui du pays de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée ; que la Décision retient exactement que l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet Etat ;

Que les dispositions de l'article 22 du règlement ne peuvent être utilisées que pour la recherche d'une infraction relevant, à tout le moins, des dispositions des articles devenus 101 et 102 du TFUE ;

(...)

Que, sur la demande d'assistance du 3 décembre 2004, ainsi qu'il a été dit, le rapporteur général du Conseil a invoqué l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 pour demander à l'autorité de concurrence britannique d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête ;

Qu'au vu des termes du courrier daté du 3 décembre 2004 par lequel cette assistance a été demandée, il ne peut être soutenu que le rapporteur général du Conseil a commis une "erreur manifeste d'appréciation" en estimant, au vu des éléments en sa possession, que les faits sur lesquels portaient la demande d'assistance pouvaient relever des articles devenus 101 ou/et 102 du TFUE ; qu'en effet, ce courrier, après un exposé du contexte factuel et procédural, des nécessités de l'enquête et des qualifications possibles des pratiques en cause, fait notamment état de l'impact possible des pratiques en cause sur des compagnies pétrolières concurrentes, telle BP, et de l'impact du prix du kérosène sur le prix des billets d'avion ;

Que sur la violation invoquée du principe de coopération loyale entre les autorités membres du Réseau Européen de Concurrence (REC), il est observé que la plainte du 14 janvier 2003 dont Air France a saisi le Conseil était fondée tant sur les dispositions du droit national que sur celles du droit communautaire ; qu'en outre, si, dans un premier temps, le rapporteur général n'a visé que les dispositions du droit interne, il ne saurait en être tiré aucune conséquence dès lors qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire ; qu'il est, au surplus, rappelé que les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil ;

Que l'allégation selon laquelle l'affectation du commerce intra-communautaire n'aurait été qu'un "prétexte" tardif pour élargir une enquête jusqu'alors infructueuse, relève d'une simple affirmation d'autant moins fondée que le droit de l'Union est applicable en l'espèce ;

Que par ailleurs, s'agissant des circonstances invoquées dans la demande d'assistance du 3 décembre 2004 pour permettre à l'OFT de procéder au

contrôle du bien-fondé de cette demande, demande que cette autorité peut accepter ou refuser, il convient de relever :

- que, s'il est vrai que ce courrier mentionne que les autres compagnies aériennes qui desservent la Réunion, effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et les pays européens autre qu'entre la Réunion et la France métropolitaine, force est de constater qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée de cette affirmation,

- que, contrairement à ce qui est soutenu, ce n'est pas, à ce stade de l'enquête et au vu des développements qui précèdent relatifs à la notion de "susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres", de façon erronée que ce courrier mentionne que les pratiques "peuvent avoir eu un impact sur des compagnies européennes", que, par exemple BP "a potentiellement été affectée par les pratiques considérées" et que le prix du kérosène représente une partie importante du prix du billet d'avion et son augmentation affecte le commerce entre Etats membres ;

- que les éléments invoqués par les sociétés Total pour soutenir que des omissions privent la demande d'assistance du 3 décembre 2004 de sa légalité apparaissent d'autant moins déterminants qu'il ne peut être soutenu que le droit communautaire aurait été "délibérément écarté" lors de l'enquête menée en France et que la décision publiée du Conseil du 19 octobre 1993 était citée dans ce courrier ;

- qu'il n'est pas justifié "d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions" qui auraient été de nature à empêcher l'OFT de "se prononcer en toute connaissance de cause" ;

- qu'enfin, en autorisant par écrit du 12 avril 2005, sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act), une enquête dans les locaux des entreprises concernées au Royaume-Uni, le Président de l'OFT a exercé une appréciation de droit et de fait sur la demande qui lui était présentée par l'Autorité française ;

Qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et le principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC auraient été méconnus ;

Que, sur l'absence d'autorisation judiciaire préalable à la demande d'assistance, pour soutenir que la demande d'assistance adressée à l'OFT le 3 décembre 2004 par le Rapporteur général du Conseil aurait dû être préalablement autorisée par le juge français, les sociétés Chevron et Esso invoquent les dispositions des articles L. 450-4 du code de commerce, les articles 6 et 8 CEDH et la Charte des droits fondamentaux ;

Que (cependant) les dispositions des articles L. 450-1 et L. 450-4 du code de commerce ne subordonnent pas à une autorisation judiciaire préalable la demande d'assistance formée par le rapporteur de l'Autorité de la concurrence auprès d'une Autorité d'un autre Etat membre dans le cadre de la procédure d'entraide prévue par l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ; qu'en outre, ce règlement ne subordonne pas l'exécution d'une mesure d'enquête qu'une autorité nationale de concurrence peut mener sur son territoire en application de son droit national au nom et pour le compte d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre à l'autorisation préalable d'un juge de l'Etat pour le compte duquel la mesure est effectuée ;

Qu'ainsi qu'il a été dit, en vertu de l'article 22 dudit règlement, l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire, en l'espèce le droit britannique ; qu'il n'appartient pas au juge français d'autoriser ou de contrôler le déroulement de mesures d'enquête sur d'autres territoires que son territoire national ;

Qu'en l'espèce, après avoir reçu du rapporteur général du Conseil la demande d'assistance susmentionnée du 3 décembre 2004 formulée en application du règlement communautaire, le Président de l'OFT l'a acceptée en autorisant ses agents à enquêter sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act) ; qu'il est, à cet égard, rappelé que coexistent en droit britannique, deux types d'enquêtes incluant des visites dans les locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition délivré par un juge (article 65 G du Competition Act) et l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65 F du Competition Act) ; que, si ces procédures britanniques constituent un ensemble qui ne correspond pas exactement à la distinction du droit français entre les enquêtes dites "simples" qui reposent sur l'exercice de pouvoirs non coercitifs (article L. 450-3 du code de commerce) et les enquêtes dites "lourdes" prévues par l'article L. 450-4 du même code soumises à autorisation judiciaire, force est de constater que la procédure de l'article 65 F du Competition Act, utilisée en l'espèce, s'apparente plus à celle des enquêtes dites "simples" qui peuvent être réalisées sans autorisation judiciaire préalable et qu'en outre, c'est en accord avec les entreprises concernées que les opérations d'enquête ont été réalisées par l'autorité britannique ;

Qu'en définitive, sous couvert d'un défaut d'équivalence des garanties fondamentales en France et au Royaume-Uni, au demeurant non établi, et ce, au surplus, d'autant moins que les droits nationaux français et britannique constituent des ensembles cohérents différents susceptibles de garantir de façon différente les droits fondamentaux des parties et qu'ainsi que le mentionne le considérant 16 sus-rappelé du règlement "les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents" - l'argumentation des

requérantes tend en réalité tant à remettre en cause des mesures autorisées et exécutées au Royaume-Uni selon le droit britannique seul applicable par application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 qu'à faire apprécier par le juge français la conformité à la CEDH et à la Charte des droits fondamentaux des dispositions du Competition Act britannique ; que de tels contrôles relèvent du juge britannique que les parties ne soutiennent pas avoir saisi à cette fin ;

Qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'une autorisation du juge des libertés et de la détention aurait été nécessaire pour demander le 3 décembre 2004 l'assistance de l'OFT ;

(...)

Que, sur le contrôle judiciaire a posteriori de la régularité de la procédure, selon la société Esso, il appartient aux juridictions françaises "de contrôler la légalité de la procédure de visites et saisies diligentées sur le territoire britannique d'abord au regard du droit britannique puis au regard des principes fondamentaux applicables qui relèvent de l'ordre public ; que cette société soutient que ses droits fondamentaux ont été violés en ce qu'elle a été privée de tout recours effectif contre les opérations de visites et saisies ; qu'ainsi qu'il a été dit, il n'a pas été procédé au Royaume-Uni à des opérations de visites et saisies au sens de l'article L. 450-4 du code de commerce et les contestations relatives au déroulement des investigations menées en application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 sur le fondement du droit britannique ne peuvent être portées que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni sur le fondement du droit britannique ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les critiques des requérantes ne sont pas fondées et que c'est à tort qu'elles entendent faire écarter des débats les pièces (notamment celles cotées 2027 et 3151) recueillies au cours de l'enquête exécutée au Royaume-Uni par l'OFT en application du droit britannique, au nom et pour le compte du Conseil de la concurrence afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article devenu 101 du TFUE ;

1/ ALORS QUE la demande d'assistance présentée sur le fondement de l'article 22, §. 1, du règlement n° 2003/1 par une autorité nationale de concurrence à l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre doit être motivée de manière sincère et loyale, de manière à permettre à l'autorité destinataire de la demande de se déterminer en connaissance de cause sur sa recevabilité et sur les suites qu'elle estime devoir lui donner ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté qu'il n'existait pas à l'époque des faits de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et d'autres pays européens que la France, contrairement à ce qu'avait énoncé le Rapporteur général du Conseil de la concurrence dans sa demande d'assistance adressée le 3 décembre 2004 à l'autorité britannique de concurrence ; qu'en jugeant néanmoins qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée de cette

affirmation inexacte et qu'il n'était pas justifié d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions qui auraient été de nature à empêcher l'autorité britannique de concurrence de se prononcer en toute connaissance de cause, cependant que la mention inexacte de l'existence de lignes régulières entre la Réunion et d'autres villes européennes, notamment italiennes, qui figurait dans la demande d'assistance, avait pour finalité d'établir une affectation sensible du commerce intra-communautaire à défaut de laquelle cette demande d'assistance eût été irrecevable, la Cour d'appel a refusé de tirer les conséquences légales qui découlaient de ses propres constatations, en violation de l'article 22, §. 1, du règlement n° 2003/1 et des principes de coopération loyale et de loyauté dans la recherche des preuves ;

2/ ALORS QUE si la juridiction du lieu d'exécution d'une mesure de visite et de saisie domiciliaires est exclusivement compétente pour se prononcer sur la régularité d'une telle mesure d'instruction au regard des dispositions de son droit national, le juge français est nécessairement compétent, dès lors que ces preuves sont invoquées à l'appui d'une procédure répressive conduite en France, pour se prononcer sur la question de savoir si les preuves recueillies à l'étranger ont été obtenues dans des conditions compatibles avec les exigences de l'ordre public international et notamment des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; qu'en l'espèce, la société Chevron faisait valoir qu'à défaut d'une autorisation juridictionnelle préalable, les visites inopinées et saisies domiciliaires mises en oeuvre à son encontre au Royaume-Uni n'avaient pas répondu aux exigences des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des articles 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; qu'en refusant de se prononcer sur ce moyen, au motif erroné qu'un tel contrôle relevait de la compétence exclusive des juridictions britanniques, la Cour d'appel a méconnu l'entendue de ses propres pouvoirs, en violation des dispositions conventionnelles susvisées, ensemble l'article 3 du Code civil et les principes du droit international privé ;

3/ ALORS QUE l'énonciation, dans un considérant liminaire d'un règlement européen, de ce que « les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents » n'est pas de nature à dispenser le juge national d'examiner concrètement, dans le cas particulier qui lui est soumis, si les preuves qui ont été recueillies dans un autre Etat membre à la faveur de visites et saisies domiciliaires ont bien été obtenues dans des conditions compatibles avec les exigences de l'ordre public international et notamment avec les droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les articles 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; qu'en l'espèce, la société Chevron faisait valoir qu'eu égard à l'ampleur des pouvoirs coercitifs conférés aux agents de l'Office of Fair Trading par la section 65 F du Competition Act de

1998 (dans sa version amendée en 2004), à la rigueur des sanctions prévues en cas de refus de collaboration et au caractère inopiné des visites et saisies effectuées sans notification préalable dans ses locaux, une telle mesure d'instruction, attentatoire au secret des correspondances professionnelles, nécessitait, pour être compatible avec les dispositions conventionnelles susvisées, une autorisation judiciaire préalable que ne pouvait suppléer le consentement qu'elle avait donné, le jour même de l'exécution de cette mesure ; qu'en se bornant à énoncer que « les droits nationaux français et britannique constituent des ensembles cohérents différents susceptibles de garantir de façon différente les droits fondamentaux des parties et qu'ainsi que le mentionne le considérant 16 sus-rappelé du règlement [n° 2003/1], "les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents" », pour en déduire que le défaut d'équivalence des garanties fondamentales en France et au Royaume-Uni allégué n'était pas établi et se dispenser en conséquence d'effectuer la recherche qui lui était demandée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions conventionnelles susvisées.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur l'entente prétendue)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société CHEVRON PRODUCTS COMPANY à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE sur la procédure d'appel d'offres et le comportement d'Air France, les sociétés Chevron et Total Réunion soutiennent que c'est à tort et de façon trompeuse qu'est utilisé le terme « d'appel d'offres » pour décrire les modalités suivant lesquelles la société Air France procédait à ses achats de carburéacteur; que la société Total Réunion expose que le processus de négociation mis en place par Air France n'est ni un appel d'offres, ni une mise en concurrence des différents fournisseurs, qu'il s'agit d'un processus de négociation "sui generis" qui ne revêt pas les caractéristiques d'un appel d'offres au sens du code des marchés publics et d'un processus de négociation asymétrique d'une année à l'autre au cours duquel Air France négocie avec des fournisseurs qu'elle a préalablement sélectionnés et divulgue des informations à ses fournisseurs ; que la société Chevron ajoute que les méthodes de négociation dont usait Air France, acheteur principal à la Réunion, réduisaient les incitations des offreurs à faire baisser les prix ;

Qu'à titre liminaire, s'agissant des marchés et acteurs en cause, il est fait référence à la Décision et notamment les paragraphes 1 à 50 et 211 à 216, étant à ce stade observé que c'est à juste titre qu'il est retenu que le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion où l'absence de substituabilité du côté de l'offre (en raison des infrastructures essentielles

pour le stockage et l'avitaillement) et de la demande (les compagnies aériennes ne pouvant s'approvisionner en un autre lieu en raison de la durée des vols) conduit à la définition d'un marché limité à l'aéroport Saint-Denis de la Réunion ; que, si comme le souligne la société Chevron, Air France était l'acheteur principal de carburéacteur à la Réunion, il importe de rappeler que cette société n'avait pas d'autre choix que de s'approvisionner à la Réunion auprès des compagnies pétrolières membres des deux groupements d'intérêt économique GEIAG et GPAG ;

Que le terme "d'appel d'offres" n'est pas utilisé dans la Décision au sens que lui donne le code des marchés publics et que décrit la société Total Réunion aux pages 129 et suivantes de son premier mémoire ; qu'ainsi que le souligne la Décision (n° 47), l'appel d'offres d'Air France ne fonctionne pas, comme un marché public, suivant le principe d'une offre fixe sous pli fermé à un seul tour et que chaque compagnie a sa propre procédure pour mettre en concurrence les offreurs ;

Que le terme d'appel d'offres ne peut être qualifié de trompeur alors que la Décision décrit le principe de la procédure organisée par Air France (n° 46 à 50) et relève exactement (n° 218) que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion sont des appels à la concurrence, consistant à inviter des fournisseurs de biens ou services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée, à savoir l'attribution d'un marché annuel ; qu'il ne peut être contesté que les règles de concurrence s'appliquent à l'ensemble des appels d'offres, publics ou privés, régis ou non par le code des marchés publics et encadrés ou non par une procédure formelle ;

Que la Décision relève, sans être utilement contredite, que le processus mis en place par Air France s'inscrit dans un calendrier précis, généralement le mois qui précède le démarrage du contrat annuel et selon un processus pré-établi qui comporte plusieurs tours au cours desquels les compagnies pétrolières formulent des offres en volumes et en prix parmi lesquelles la compagnie aérienne retient la mieux offrante et lui attribue la fourniture correspondant à la quantité que cette compagnie est disposée à fournir au prix proposé, la totalité des volumes pouvant être allouée soit à un seul offreur, soit, comme cela a été le cas au cours des vingt dernières années, à plusieurs fournisseurs à des prix éventuellement différents (Décision n° 46 et suivants et n° 219) ;

Que même à supposer établis les faits, invoqués par les requérantes, qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin

d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ces faits ne seraient pas de nature à remettre en cause les constatations de la Décision relatives à l'organisation des appels d'offres d'Air France ;

Que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, c'est de façon pertinente que le Conseil tire des enseignements de l'examen des appels d'offres organisés par Air France durant les vingt années précédant 2002 ; que la Décision observe exactement que le nombre définitif de tours n'est pas connu des soumissionnaires et ceux-ci sont incités à diminuer leurs prix dès lors que chaque tour étant susceptible d'être le dernier, une entreprise peu compétitive en prix risque d'être exclue du marché ou de n'obtenir qu'un volume limité d'approvisionnement ; qu'elle constate (n° 48) que, sur les vingt années antérieures, les offres des compagnies pétrolières ne permettaient pas individuellement de répondre à la totalité des besoins de la compagnie aérienne, mais que la totalité des quantités offertes par les compagnies pétrolières étant supérieure à la totalité des quantités nécessaires à Air France et chaque offreur étant tenu dans l'ignorance des quantités offertes par ses concurrents, Air France pouvait faire jouer la concurrence et choisir entre les offreurs entre les différents tours de l'appel d'offres ; que, pour ce faire, Air France restituait certaines informations à chacun des offreurs en cours de procédure ; que cette information sur les résultats intermédiaires, dite "feedback", consistait notamment à préciser à chaque offreur l'écart de prix qu'il présentait avec son concurrent le mieux placé et sa position (rang) par rapport à l'offreur ayant fait les meilleures propositions, et parfois, le ratio de couverture ; qu'ainsi l'offreur, qui ignorait les pourcentages offerts par ses concurrents, était généralement conduit à réajuster quantité et prix au cours de l'appel d'offres ;

Qu'il en résulte que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision établit qu'avant 2002, la procédure d'appel d'offres organisée par Air France a eu pour effet de conférer au marché un caractère instable et partant très concurrentiel ; qu'en effet, chaque année, les positions des offreurs sur le marché étaient susceptibles de changer et un offreur pouvait être évincé du marché par la compagnie aérienne, ce qui a d'ailleurs été le cas de Total Réunion sur l'aéroport de la Réunion en 2001 ; que, de fait, Air France a toujours réussi, avant 2002, à obtenir des prix bas ; que c'est à juste titre que la Décision a écarté l'argumentation des parties qui soutenaient qu'en l'absence de règles précises pour les appels d'offres et d'obligation pour les compagnies aériennes de retenir le moins disant, il n'y aurait pas eu d'incitations pour les compagnies pétrolières à faire baisser leurs prix ;

Qu'enfin, s'agissant des informations qu'Air France aurait divulgué durant l'appel d'offres, aucun élément ne permet de remettre en cause les conclusions de la Décision (n° 267, 268 et 460 à 473) selon lesquelles les informations communiquées par Air France ne pouvaient pas permettre aux compagnies pétrolières d'anticiper le comportement de leurs concurrents pendant l'appel d'offres puis d'en connaître le résultat final, étant au surplus

observé que la société Air France confirme devant la cour, sans être sérieusement contredite, n'avoir communiqué qu'à l'issue du deuxième tour l'information selon laquelle le ratio de couverture était, en 2002, de 100 % (Cf Décision n° 280 et 281) ;

Que sur les preuves de l'entente, toutes les requérantes soutiennent que les éléments réunis par le Conseil ne permettent pas d'établir qu'elles se seraient concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres lancé par Air France en 2002 pour l'approvisionnement en kérosène de ses avions sur l'escale de la Réunion en 2002/2003, notamment pour limiter les quantités de kérosène offertes à Air France et pour augmenter les prix, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article devenu 101 du TFUE ;

Que les moyens invoqués par les parties tendant à contester l'applicabilité du droit de l'Union et les saisies opérées au Royaume-Uni ayant été ci-dessus écartés, doivent par voie de conséquence être rejetées les argumentations des parties tendant à soutenir que la Décision ne pouvait utiliser, à titre de preuve de l'entente reprochée, les éléments recueillis au Royaume-Uni ;

Que les requérantes contestent chacun des éléments ayant conduit le Conseil à retenir :

- d'une part, que les pièces du dossier (document 2027 : notes manuscrites de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron aviation, document 384 : courrier électronique de Total Outre-Mer du 17 octobre 2002 (Mme Daisy A à M. Joël G), document 3151 du 17 octobre 2002 à lire en lien avec le document 3150 (courriers électroniques Mme Mina H, Shell trading) constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations entre les entreprises. avant et durant le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, ces échanges portant sur des éléments clés à savoir la répartition du marché (cote 2027), la stratégie à adopter en cas de changement de source d'approvisionnement (cote 384) et le niveau des prix de transfert (cotes 3150 et 3151)

- d'autre part, que l'examen des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002 apporte des indices supplémentaires de la concertation anticoncurrentielle reprochée car montre une similitude sans précédent de comportements ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier ses offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; (cf sur ces points : Décision n° 235, 383 à 385 et 480) ;

Que sur les indices tirées de preuves matérielles de la concertation, reprenant les argumentations soumises durant la procédure menée devant le Conseil et écartées par la Décision, les requérantes contestent la pertinence, l'interprétation et le caractère probant de chacun des éléments matériels examinés par la Décision (document 2027, document 384, document 3151) ; que certaines requérantes ajoutent qu'un courrier électronique saisi chez Shell (cote 2992) est de nature à infirmer l'hypothèse d'une collusion entre les pétroliers ;

Qu'en premier lieu, s'agissant du document coté 2027, il est soutenu que les notes manuscrites de M. Simon Y. n'ont ni date, ni source, ni signification certaines et ne reproduisent pas exactement les résultats du premier tour d'enchères ;

Que ce document, saisi à Londres dans le bureau de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron Aviation, est exactement décrit aux numéros 141 et suivants de la Décision ;

Que la partie de ce document correspondant à un tableau électronique (tableur Excel) intitulé "file Air France 2002.xls" est daté de façon certaine du 25 septembre 2002, soit cinq jours avant la date limite pour le dépôt des offres fixé par Air France le 30 septembre ;

Que ce document comporte, outre des mentions manuscrites relatives aux prix et quantités envisagés pour répondre à l'appel d'offres, des annotations manuscrites, figurant en bas à droite du document et ainsi rédigées : "25 % CT GA (Chevron), 30 % E/M (Exxon), 25/30 Shell, 15/20 TFE" (Total) ;

Que ces pourcentages correspondent aux offres en volume des compagnies pétrolières pour le premier tour de l'appel d'offres de 2002 : 25 % pour Chevron, 30 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 15 % pour Total ; qu'ils ne correspondent pas exactement aux parts de marché obtenues à l'issue de l'appel d'offres (25 % pour Chevron, 32 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 13 % pour Total) ;

Que c'est à l'issue d'une démonstration étayée, tenant compte de l'ensemble des objections ou suppositions soumises, que la Décision retient, aux termes de motifs que la cour adopte, que ces dernières annotations ont été inscrites, comme les autres mentions manuscrites figurant sur ce document, entre le 26 et le 30 septembre 2002, date de la remise de l'offre ferme à Air France et qu'aucun élément ne permet de remettre en cause cette datation au même moment de l'ensemble des annotations manuscrites du document 2027 (Cf Décision n° 241 à 248 et 263 à 288) ; que, pas plus devant la cour qu'elles ne l'avaient fait devant le Conseil, les parties ne justifient leurs affirmations relatives au caractère incertain, possiblement postérieur au 30 septembre 2002, de la date à laquelle M. Simon Y a porté les annotations manuscrites de répartition de marché figurant sur ce document ;

Qu'ainsi que le relève la Décision, les explications avancées par les parties sur les sources des informations de répartition de marché ou sur les circonstances dans lesquelles de telles annotations manuscrites ont été portées par M. Simon Y sur le document en cause, ne peuvent être suivies ; que c'est notamment à juste titre que la Décision écarte l'hypothèse selon laquelle ces annotations proviendraient d'informations fournies par Air France, de même que celle selon laquelle ces annotations seraient des anticipations propres à M. Simon Y ; que la cour se réfère sur l'ensemble de ces points à la Décision (n° 267 et 268, 460 à 473, n° 279 à 287, n° 289 à 311) dont les motifs ne sont pas utilement contestés ;

Qu'en outre, contrairement à ce qui est à nouveau soutenu, les prévisions de M. Simon Y ne peuvent être qualifiées d'imprécises (Cf ci-dessus la teneur des annotations et Décision n° 306 à 308) ;

Qu'il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que la Décision retient (n° 311) que "la seule explication crédible - que les entreprises mises en cause nient contre toute évidence - est que la répartition de marché inscrite sur le document 2027, qui anticipe très précisément le déroulement de l'appel d'offres, résulte d'un échange d'informations préalable au dépôt des offres" ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'une concertation entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ;

Qu'en deuxième lieu, s'agissant du document coté 384, il est soutenu que l'objet de ce courrier électronique (changement de source d'approvisionnement du carburéacteur) est sans pertinence au regard du grief retenu qui n'est relatif ni à des échanges d'informations, ni à une entente sur les prix ; qu'il est ajouté que le sens de ce courrier est ambigu, que les informations qu'il contient peuvent provenir d'Air France et sont, en outre, erronées car seule Total Réunion a proposé une offre en "AG" avec "add on" conforme à celle décrite par ce courrier ; que la société Chevron ajoute qu'il s'agit d'un document interne à Total qui ne peut servir de preuve de l'existence d'un échange d'informations ;

Que le document coté 384 est un courriel relatant une conversation entre Mme Daisy A (Total Outre-Mer) et M. Joël G (Total Trading) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause ; que ce document et le contexte de sa rédaction sont exactement décrits aux paragraphes 153 à 157 de la Décision auxquels il est fait référence ;

Que les requérantes reprennent devant la Cour les argumentations écartées par la Décision par des motifs pertinents, non sérieusement contestés et que, pour ces raisons, la cour adopte : Cf Décision n° 237, 312 à 341 et n° 267, 268 et 460 à 476 ; qu'il suffit de rappeler et d'observer qu'il est fait grief aux

requérantes de s'être concertées pour fausser le déroulement de l'appel d'offres lancé par Air France 2002 ;

que le courrier coté 384 est ainsi rédigé : "l'information que j'ai est que la profession maintient son offre initiale sur AG (Arab Gulf) mais ajoute un "add on" qui serait retiré dans le cas où les importations reviendraient dans la zone AG. Notre intention est de procéder de la même manière..." ; que la Décision établit à suffisance que le terme "profession" désigne les compagnies pétrolières et que les informations mentionnées par Total ne lui avaient pas été communiquées par Air France ; que les termes de ce courrier ont à juste titre été retenus par la Décision (n° 339 à 341) comme révélateurs de l'existence d'échanges d'informations entre les compagnies pétrolières au sujet de la méthode appliquée pour prendre en compte un éventuel changement d'index de cotation de nature à perturber le déroulement de l'appel d'offres en cours, et montrant que les entreprises en cause ne déterminaient pas leur comportement sur le marché de manière autonome, peu important à cet égard que l'information du 17 octobre 2002 se révèle par la suite partiellement erronée ;

Qu'enfin, ce document régulièrement saisi peut, bien qu'il s'agisse d'un document interne à Total, être opposé aux autres compagnies pétrolières, dont la société Chevron, mentionnée sous le terme "profession" et être utilisé comme élément de preuve ;

Que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'un échange d'informations entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ;

Qu'en troisième lieu, s'agissant du document coté 3151, il est soutenu qu'il ne contient que des informations, inexactes, internes à Shell et non susceptibles d'être utilisées par les compagnies pour élaborer leurs offres, qu'il montre l'incertitude de Shell quant au comportement des concurrents ;

Que le document coté 3151 est composé de courriers électroniques échangés entre Mme Mina H (Shell Trading) et M. François 1 (salarié de Shell aviation, interlocuteur d'Air France pour l'appel d'offres) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause ; qu'il est exactement décrit et analysé aux paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 de la Décision ; que dans son premier message, Mme Mina H précise à son correspondant : "L'approvisionnement pour Shell est actuellement en 60/40 Caltex Bahain/MOPAG. Après avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène, tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon)";

Qu'il ne peut être contesté que ce message relate ainsi des échanges d'informations entre les compagnies Total, Chevron et Exxon sur les prix d'approvisionnement ;

Que c'est par des motifs pertinents et non utilement contestés que la Décision a écarté les argumentations reprises par les requérantes devant la cour (Décision n° 345 à 382) ; qu'il suffit d'observer que les parties ne peuvent prétendre que les échanges d'informations, entre deux tours de l'appel d'offres en cause, sur les prix de transferts ne portaient pas sur des informations sensibles et utiles pour le déroulement de l'appel d'offres ;

Que le Conseil était fondé à retenir ce document, qui conforte le précédent, comme constituant un indice matériel de la concertation reprochée aux requérantes ;

Qu'enfin, les sociétés Shell, Chevron et Esso maintiennent devant la cour qu'un courriel interne à Shell, daté du 28 septembre 2002 (cote 2992) contredit la thèse d'une collusion entre les compagnies pétrolières en ce qu'il montre l'incertitude dans laquelle se trouvait le négociateur de Shell deux jours avant la date limite du dépôt des offres (Cf Décision n° 484 à 486) ; que si c'est à tort que la Décision mentionne ce document comme daté du 27 septembre 2002 au lieu du 28 septembre 2002, il n'en demeure pas moins qu'aucune compagnie n'avait à cette date déposé d'offre ; qu'il n'est, en effet, pas contesté que les quatre compagnies pétrolières ont déposé leurs offres le 30 septembre 2002 à quelques heures de la clôture du premier tour ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision, un accord sur une limitation de volumes ne nécessite pas d'être arrêté dans ses moindres détails pour produire ses effets ;

Que ce dernier élément n'est pas de nature à atténuer la force probante résultant du rapprochement des trois documents sus-rappelés qui constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations clés entre les entreprises avant et pendant l'appel d'offres incompatibles avec une détermination autonome par chaque entreprise de la politique qu'elle entendait suivre lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ;

Que, sur les indices tirés de la similitude des comportements des entreprises, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision établit une similitude sans précédent des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002, similitude ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier les offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; que le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, précisément décrit aux n° 108 à 115 de la Décision, fait apparaître que le

résultat de l'appel d'offres correspond à une hausse de près de 30 % du "différentiel" (prix fixe qui rémunère l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution) et intègre la marge commerciale) par rapport à l'année précédente, hausse qui intervient l'année où, pour la première fois, l'addition des parts de marché offertes par les pétroliers correspond à 100 % des besoins d'Air France ;

Que d'une part, les contestations des requérantes relatives à la rigidité des volumes ne peuvent, au vu des constatations figurant aux n° 397 à 408 de la Décision, et plus particulièrement au n° 397, être retenues ;

Qu'en effet, malgré le risque d'exclusion du marché, risque résultant de la nature même de la procédure mise en place par Air France (Cf Décision n° 46 et suivants, 219 et 220), chaque compagnie a choisi, lors de l'appel d'offres de 2002, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à présenter, contrairement aux années précédentes, des offres rigides sans options de volume ou de durée et ne pas modifier les volumes respectivement offerts au cours de l'appel d'offres et donc à restreindre les parts de marché et exclure des possibilités de négociation sur les prix ; que les compagnies pétrolières ne pouvaient anticiper une telle absence générale de flexibilité des volumes, d'autant plus anormale que l'arrivée d'un quatrième offreur en 2002 (à savoir Total qui avait été exclu en 2001) aurait dû conduire à une intensification de la concurrence (Décision n° 99, 102, 405 à 407) ;

Que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'une telle rigidité résulte de la poursuite d'intérêts propres à chacune d'entre elles ne résistent pas à l'analyse ; qu'en particulier, la volonté invoquée de réduire les volumes afin de diversifier la clientèle est contredite par le fait qu'Air France constituait, pour les pétroliers, un débouché après la faillite des compagnies aériennes AOM et Air Lib (Cf Décision n° 442 à 451) ; que c'est par des motifs que la cour adopte que la Décision écarte l'argumentation des requérantes selon laquelle leur expérience leur aurait permis d'anticiper le comportement de leurs concurrents (Cf notamment n° 361, 424, 426, 458 sur le comportement de Shell, n° 73, 80, 100 et 459 sur celui de Chevron et n° 102, 295 à 298, 302 et 407 s'agissant de Total) ;

Qu'en outre, il ne peut être soutenu que la circonstance que le total des offres des requérantes couvrait 100 % des besoins d'Air France est probable et explicable par un comportement individuel rationnel alors que, même en admettant les calculs de probabilités soumis par Total bien qu'ils reposent sur des hypothèses discutables, il n'existe qu'une chance sur 20 que le total des offres soit exactement égal à 100 % et qu'en outre, la Décision écarte exactement les explications des autres requérantes (n° 474 à 479) ;

Qu'enfin, l'argumentation des parties tirée du comportement d'Air France lors de l'appel d'offres doit être écartée en raison des développements qui précèdent sur ce point et par référence aux motifs de la Décision (n° 267, 268, 460 à 473 et 476) ; que d'autre part, les contestations des requérantes relatives à la hausse simultanée et sensible des prix offerts en 2002 par rapport à ceux de 2001, ne peuvent au vu des constatations de la Décision figurant aux n° 409 à 413, être retenues et ce, que la comparaison porte sur les offres du premier tour de 2002 avec les résultats de l'appel d'offres de 2001 (ou le dernier proposé par l'offreur non retenu en 2001) ou bien que la comparaison soit effectuée, comme l'entendent les requérantes, entre les offres du premier tour de 2002 et celles du premier tour de 2001 ;

Que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'elle résulte d'une stratégie propre à chacune d'entre elles ont été écartées par la Décision par des motifs qui ne sont pas utilement contredits et que la cour adopte (n° 414 à 441) ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision a établi une concertation anticoncurrentielle entre les compagnies pétrolières lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ; que la preuve d'une telle concertation résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, indices constitués des éléments matériels sus-rappelés qui sont confortés et éclairés par les indices tirés des comportements sus-analysés qu'ont eu les entreprises et qui sont dépourvus de toute logique extérieure à l'entente ;

1/ ALORS QU'EN se bornant, sur toutes les questions de fond en litige, à reproduire ou résumer les appréciations du Conseil de la concurrence, sauf à préciser çà et là que celles-ci n'étaient pas « utilement critiquées » par les requérantes, quand il lui appartenait de se prononcer par une motivation personnelle sur les moyens des recours en annulation dont elle était saisie, la Cour d'appel a méconnu son office et violé l'article 6, §. 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ;

2/ ALORS QU'UN parallélisme de comportements ne peut, selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication plausible, l'article 101 du TFUE n'ayant pas pour signification d'exclure le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents (CJUE, 31 mars 1993, « Pâte de bois », C-89/85, §. 71) ; qu'en vue d'apprécier si la concertation constitue la seule explication plausible d'un parallélisme de comportement, il appartient à la juridiction nationale de se livrer à un examen individualisé de la situation de chaque entreprise dont la participation à l'entente litigieuse est alléguée et de se prononcer sur les justifications apportées par chacune d'entre-elle à l'adoption d'un

comportement économique donné ; qu'en l'espèce, la société Chevron faisait valoir dans ses écritures que la manière dont elle avait répondu aux tours successifs d'appels d'offres d'Air France en 2002 était exclusivement dictée par l'anticipation raisonnablement prévisible du comportement de ses trois concurrentes ; qu'elle soulignait ainsi de manière concrète qu'après avoir subi de substantielles pertes sur le contrat Air France/La Réunion de l'année en cours, elle avait toutes les raisons de penser qu'il en était allé de même pour ses concurrents, dès lors que le prix du carburéacteur est dans sa plus grande partie composé de coûts communs identiques pour les quatre compagnies pétrolières membres des deux GIE de la Réunion, de sorte qu'il était raisonnable d'anticiper que chacune de ses concurrentes aurait pour principale préoccupation de restaurer sa marge et non d'augmenter sa part de marché ; qu'en se bornant à énoncer que « c'est par des motifs que la cour adopte que la Décision écarte l'argumentation des requérantes selon laquelle leur expérience leur aurait permis d'anticiper le comportement de leurs concurrents », sans se livrer à un examen individualisé des justifications apportées par la société Chevron de son propre comportement économique, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 101 du TFUE ;

3/ ALORS QU'EN vue d'apprécier si la concertation alléguée constitue la seule explication plausible d'un parallélisme de comportement et, le cas échéant, de déterminer les entreprises auxquelles une telle concertation est imputable, il appartient à la juridiction nationale de se livrer à un examen individualisé de la situation de chaque entreprise poursuivie et de se prononcer sur les justifications apportées par chacune d'elles de son comportement économique ; qu'en l'espèce, la société Chevron soulignait dans ces écritures que la concordance des besoins exprimés par Air France et de la somme des offres recueillies de la part des sociétés pétrolières à l'issue du premier tour d'« appel d'offres » ne permettait en aucun cas de déduire sa participation personnelle à une entente de répartition de marché, dès qu'il résultait des constatations mêmes du Conseil de la concurrence que Chevron – à l'instar de Shell – avait, dans sa réponse à l'appel d'offres de l'année 2002 d'Air France, purement et simplement offert de reconduire à l'identique la part de 25 % du marché qui lui avait été attribuée au terme de l'appel d'offres de l'année précédente ; qu'en se bornant à énoncer que « les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'elle résulte d'une stratégie propre à chacune d'entre elles ont été écartées par la Décision par des motifs qui ne sont pas utilement contredits et que la cour adopte », quand il lui appartenait de se livrer à un examen individualisé de la situation de Chevron pour pouvoir caractériser sa participation personnelle à l'entente de répartition de marché alléguée, la Cour d'appel a privé de plus fort sa décision de base légale au regard de l'article 101 du TFUE ;

4/ ALORS, en toute hypothèse, QU'IL résultait des constatations mêmes de la décision frappée de recours (cf. §. 111) que les quatre sociétés pétrolières

mises en cause avaient, dans leurs réponses à l'appel d'offres d'Air France de l'automne 2002, augmenté leur prix dans des proportions fortement dissemblables (de + 14,7 % pour Shell à + 33 % pour Exxon), alors même que le prix du carburéacteur était pour l'essentiel composé de coûts communs identiques pour ces quatre sociétés pétrolières ; qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette forte dissemblance n'était pas à elle-seule de nature à exclure la concertation alléguée, la Cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 101 du TFUE ;

5/ ALORS QUE la charge de la preuve d'une entente prohibée par l'article 101 du TFUE repose sur l'autorité poursuivante, à laquelle il appartient d'établir l'existence d'un ensemble d'éléments graves, précis et concordants, de nature à démontrer, au-delà de tout doute raisonnable, la commission de l'infraction ; que, pour estimer que la preuve de l'entente de répartition de marchés alléguée était rapportée, le Conseil de la concurrence s'était fondé sur un document informatique du 25 septembre 2002 émanant du Directeur du Marketing de Chevron Aviation, sur lequel figuraient des annotations manuscrites précisant les parts de marché de chaque société pétrolière ; que pour écarter le moyen par lequel la société Chevron faisait valoir que ces annotations manuscrites, par essence dépourvues de date certaine, pouvaient avoir été ajoutées à n'importe quel moment et notamment après qu'Air France ait dévoilé la répartition définitive du marché entre les sociétés pétrolières, la Cour d'appel retient que « c'est à l'issue d'une démonstration étayée, tenant compte de l'ensemble des objections ou suppositions soumises, que la Décision retient que ces dernières annotations ont été inscrites, comme les autres mentions manuscrites figurant sur ce document, entre le 26 et le 30 septembre 2002, date de la remise de l'offre ferme à Air France et qu'aucun élément ne permet de remettre en cause cette datation au même moment de l'ensemble des annotations manuscrites du document 2027 », et ajoute que « pas plus devant la cour qu'elles ne l'avaient fait devant le Conseil, les parties ne justifient leurs affirmations relatives au caractère incertain, possiblement postérieur au 30 septembre 2002, de la date à laquelle M. Simon [Cooper] a porté les annotations manuscrites de répartition de marché figurant sur ce document » ; qu'en se prononçant de la sorte, cependant que le caractère incertain de la date de telles annotations manuscrites résultait de leur nature même, en sorte qu'il ne pouvait être exigé des entreprises poursuivies de renverser une impossible présomption d'identité entre la date du document en cause et celle des annotations litigieuses, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et méconnu le standard de preuve exigé en droit communautaire de la concurrence, en violation de l'article 101 du TFUE et des principes du droit de la preuve ;

6. ALORS QU'EN jugeant que le courriel interne de Total du 17 octobre 2002 dans lequel il était énoncé que « l'information que j'ai est que la profession maintient son offre initiale sur AG [Arab Gulf] mais ajoute un "add-on" [un

supplément] qui serait retiré dans le cas où les importations reviendraient dans la zone AG » était révélateur d'échanges d'informations entre les sociétés pétrolières et montrait que celles-ci ne déterminaient pas leur comportement sur le marché de manière autonome, tout en concédant que l'« information » sur le comportement des concurrents dont l'auteur de ce courriel se disait détenteur s'était révélée partiellement erronée, comme ne correspondant pas notamment aux termes des offres successives de la société Chevron, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui découlaient de ses propres constatations, a violé l'article 101 du TFUE ;

7. ALORS QU'EN jugeant qu'était également révélateur d'un échange d'informations sensibles entre les sociétés pétrolières un courriel interne de Shell du 17 octobre 2002, dans lequel il était indiqué que « l'approvisionnement pour Shell est actuellement en 60/40 Caltex Bahreïn/MOPAG. Après avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon) », sans répondre aux conclusions par lesquelles la société Chevron soulignait que l'information prétendue dont l'auteur de ce courriel se disait détenteur était radicalement erronée, puisque lors de l'appel d'offres litigieux, elle cotait le kérosène vendu à Air France en se basant exclusivement sur l'indice Arab Gulf (MOPAG), la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

8. ALORS, enfin, QUE la société Chevron faisait valoir que l'hypothèse d'une entente de répartition de marché était démentie par un courriel interne du 28 septembre 2002 (cote 2992), antérieur de trois jours à la clôture du premier tour de l'appel d'offres d'Air France, par lequel le négociateur de la société Shell avait exprimé la crainte d'être éliminé de cet appel d'offres en ces termes : « il est assez surprenant que nous soyons le seul fournisseur à coter en 60/40, les autres cotent en 100 % AG [Arab Gulf] (si Air France ne ment pas) (...) Espérons que nous nous trompions, sinon nous allons brutalement perdre 2 des 3 contrats que nous avons là-bas et conserver seulement 20 % de Corsair en portefeuille » ; que pour refuser de tenir compte de ce document à décharge, la Cour d'appel a énoncé par motifs propres et adoptés qu'à la date de ce document, les quatre compagnies pétrolières n'avaient pas encore déposé leurs offres, si bien qu'une entente aurait encore pu être négociée entre les 28 et 30 septembre 2002 ; qu'en se prononçant de la sorte, cependant qu'en l'état du doute sérieux suscité par ce document sur l'existence de la concertation alléguée, la présomption d'innocence ne pouvait être renversée par de simples supputations de possibles contacts de dernière heure entre les entreprises qu'aucun élément concret ne venait étayer, la Cour d'appel a violé l'article 101 du TFUE ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

(Sur la sanction infligée à Chevron)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société CHEVRON PRODUCTS COMPANY à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE, sur le dommage à l'économie, l'Autorité rappelle exactement qu'il doit être procédé à l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage à l'économie en tenant compte de tous les aspects de la perturbation générale apporté au fonctionnement normal et concurrentiel des marchés par la pratique en cause ;

Que le dommage causé à l'économie ne se limite pas aux préjudices qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction ou aux sur-profits qu'ont pu réaliser ses auteurs ;

Que sont par conséquent inopérants les arguments des parties tendant à soutenir que le dommage causé à l'économie serait en l'espèce nul ou à tout le moins limité au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières du fait de l'augmentation du différentiel ou au surcoût payé par Air France ;

Qu'en outre, la Décision n'a pas présumé le dommage (n° 516 à 523) et a, contrairement à ce qui est soutenu, tenu compte notamment de la taille des marchés affectés par la pratique en cause ; que la Décision relève, en effet, pour apprécier le dommage à l'économie, que l'ordre de grandeur du marché de fourniture de carburéacteur à Air France sur l'escale de la Réunion représente un coût pour l'acheteur de l'ordre de 23 millions euros et que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représente le tiers environ de cette somme (n° 519) ; qu'en outre, s'agissant du marché connexe du transport aérien de voyageurs entre la Réunion et la métropole, dès lors que le prix du kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur ;

Que c'est également à juste titre que, pour apprécier le dommage en l'espèce causé à l'économie, la Décision tient aussi compte d'une part du fait que l'entente a été organisée par des compagnies pétrolières appartenant à des groupes mondiaux, "majors du secteur", qui avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché, et a ainsi causé un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs, d'autre part, du fait que, sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux, prix du kérosène qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'en outre, la demande émane sur l'île de la Réunion d'une clientèle captive car les compagnies aériennes ne peuvent s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion et auprès des compagnies pétrolières membres des GIE dont l'existence constitue, au moins à court terme, une barrière à l'entrée du marché (n° 221 à 227) et

enfin du fait que si le dommage est élevé sur les marchés locaux au regard de l'importance du transport aérien pour l'île de la Réunion, il reste limité au regard de la taille des entreprises mises en cause ; qu'enfin, si les requérantes sont fondées à soutenir non établi le fait que l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de la Réunion serait potentiellement affecté, cette circonstance n'est pas, compte tenu des éléments sus-mentionnés, de nature à remettre en cause l'appréciation par la Décision de l'importance du dommage à l'économie ; que le dommage causé à l'économie a, contrairement à ce qui est soutenu, été exactement apprécié par la Décision ; [...]

Que les développements qui précèdent conduisent la Cour à considérer que c'est à tort que les requérantes soutiennent que le Conseil n'aurait pas proportionné les sanctions à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de groupe auxquelles appartiennent les entreprises et (...) contestent le montant des sanctions déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée, de façon motivée ;

1/ ALORS QUE le Conseil de la concurrence avait successivement énoncé dans sa décision que « l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie doit tenir compte de la taille des marchés directement ou indirectement affectés et des effets des pratiques sur ces marchés » (§. 516), qu'en l'espèce, ce dommage ne se limitait pas au préjudice financier subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce Air France (§. 517) et que l'on pouvait ainsi considérer que « l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de La Réunion est potentiellement affecté puisque, comme le reconnaissent elles-mêmes les compagnies pétrolières dans leurs écritures, l'intensité de la concurrence entre elles pour servir les autres compagnies aériennes, comme Corsair, AOM, Air Austral ou Air Bourbon, est affectée par le résultat de l'appel d'offres d'Air France » (§. 520) ; qu'en estimant, pour sa part, que les requérantes étaient fondées à soutenir qu'il n'était pas établi que l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de la Réunion ait été potentiellement affecté par les pratiques en cause, mais que cette circonstance n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation faite par le Conseil de l'importance du dommage à l'économie (arrêt, p. 34, alinéa 2), la Cour d'appel, qui a par-là refusé de tirer les conséquences légales qui s'évinçaient du dissentiment qu'elle avait exprimée à l'égard des appréciations du Conseil relatives à l'étendue des répercussions de l'entente, a violé l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

2. ALORS, en outre, QU'EN se bornant à énoncer que c'est à tort que les requérantes soutiennent que le Conseil n'aurait pas proportionné les sanctions à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de groupe auxquelles appartiennent les entreprises et (...) contestent le montant des sanctions déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée, de façon motivée, quand il lui appartenait de répondre de manière concrète et motivée au moyen par

lequel la société Chevron soulignait, de première part, que l'entente qui lui était imputée n'avait pu affecter qu'une fraction très minoritaire du prix du kérosène acquitté par Air France en 2003 sur le marché réunionnais, de deuxième part, qu'Air France avait elle-même évalué le préjudice qu'elle prétendait avoir subi du fait de l'entente à une somme limitée à 1,2 million d'euros, ainsi plus de 34 fois inférieure à la somme des sanctions infligées par le Conseil, et, de troisième part, que la sanction de 10 millions d'euros qui lui avait été personnellement infligée était sans rapport avec le chiffre d'affaires réalisé par Chevron avec Air France en 2003, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Total Outre-mer, demanderesse au pourvoi n° R 13-16.764

PREMIER MOYEN DE CASSATION

(sur la recevabilité de l'intervention de la société Air France)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Outre Mer dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur la recevabilité de l'intervention de la société Air France (...), aux termes de l'article R. 464-17 du code de commerce: "Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article R. 464-12 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14." ; qu'en l'espèce, à la suite des recours déposés les 11 et 12 janvier 2009 contre la Décision par les sociétés requérantes - qui ont, dans les cinq jours suivant le dépôt de leur déclaration de recours, adressé à la société Air France copie de cette déclaration conformément aux dispositions de l'article R. 464-14 du même code, la société Air France s'est jointe à l'instance par déclaration déposée au greffe de la cour d'appel le 12 février 2009 ; que, contrairement à ce que soutient cette société, son intervention ne peut être qualifiée d'intervention volontaire accessoire au sens de l'article 330 du code de procédure civile ; qu'il s'agit d'une intervention volontaire par jonction à l'instance au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce formée par une société qui était partie en cause devant le Conseil qu'elle avait elle-même saisi en invoquant des pratiques anticoncurrentielles reprochées aux compagnies pétrolières ; que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et énonce l'objet de son intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; que cette déclaration d'intervention est ainsi motivée : "le conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que l'intervenante, qui a fait référence à la décision du Conseil dont la motivation était connue de toutes les requérantes, a ainsi précisé approuver tant en fait qu'en droit la motivation de cette décision ; qu'il ne peut être soutenu que sa déclaration d'intervention n'était pas motivée au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce ; qu'il en résulte que la réserve de l'intervenante relative à la précision ultérieure de "moyens à l'appui de son intervention" ne peut être interprétée comme une référence à l'article R. 464-12, 2° du code de

commerce qui ne trouve application que lorsque la déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que cette réserve ne peut être comprise que comme l'indication que l'intervenante entendait conclure à nouveau et ce, au surplus, d'autant plus que les délais dans lesquels les entreprises sanctionnées ayant formé un recours contre la décision du Conseil devaient exposer leurs moyens n'étaient pas expirés à la date de l'intervention ; que l'intervention de la société Air France est par conséquent recevable ; (...)

ALORS QUE les règles du code de procédure civile ne s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence qu'en l'absence de dispositions expresses contraires du code de commerce ; que par dérogation à l'article 954 alinéa 4 du code de procédure civile, il résulte expressément de la combinaison des articles R. 464-12 2° et R. 464-17 du code de commerce dans leurs rédactions applicables en la cause que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant le Conseil, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; qu'en décidant que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comportant l'identification de l'intervenante et précisant seulement qu'elle entend solliciter la confirmation de la décision du conseil de la concurrence dont elle approuve les motifs et dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges, était suffisamment motivée, la cour d'appel qui a implicitement appliqué la règle de procédure civile selon laquelle la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens demande la confirmation du jugement, est réputée s'en approprier les motifs malgré les dispositions spéciales du code de commerce exigeant que la déclaration d'intervention soit elle-même écrite et spécialement motivée dans un délai précis à peine de nullité, ce qui excluait toute motivation par simple référence approbative à la décision déferée, a violé les textes susvisés ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(sur l'application du droit communautaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Outre Mer dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur l'application du droit de l'Union, (...) aux termes de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE : "Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter

le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun." ; que le critère d'affectation du commerce, qui conditionne l'application de ce texte, a été explicité par les juridictions communautaires ; que les "lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité", ci-après les lignes directrices ou LD (Communication de la Commission 2004/C 101/07, JOUE du 27 avril 2004) ont notamment pour objet d'exposer les principes dégagés jusqu'à cette date par lesdites juridictions, étant rappelé que ces LD (n° 4 et 16) n'abordent pas la question de "ce qui constitue une restriction sensible du jeu de la concurrence" (traitée par la Communication concernant les accords d'importance mineure) qui est une question "distincte de la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres" ; que les LD présentent, pour l'application de la notion d'affectation du commerce, une "méthodologie à laquelle s'est à juste titre référée la Décision ; qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu' "amicus curiae" à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) discuté par les requérantes ; qu'il doit également être rappelé que "le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas" ; qu'il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence qui n'est pas applicable aux accords et pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres (lignes directrices n° 12) ; qu'il en résulte que l'analyse ne peut être menée par analogie avec d'autres décisions rendues dans des situations qui ne sont pas en tous points analogues ; que les lignes directrices (n° 18) précisent que "l'application du critère de l'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments a) la notion de "commerce entre Etats membres", b) la notion de "susceptible d'affecter", c) la notion de caractère sensible" ; que cette approche est suivie par les parties ; que s'agissant, en premier lieu, de "la notion de "commerce entre Etats membres"", il est fait référence à la jurisprudence exposée aux n° 19 à 22 des lignes directrices ainsi rédigés : "19. La notion de « commerce » n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement. Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. "20. D'après une jurisprudence constante, la notion de «commerce» englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence. Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est

affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette entreprise. "21. La condition de l'existence d'une affectation du commerce « entre Etats membres » suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux Etats membres. Il n'est cependant pas indispensable que l'accord ou la pratique affectent le commerce entre l'ensemble d'un Etat membre et l'ensemble d'un autre Etat membre. En effet, les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un Etat membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible. "22. L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational." ; que la notion de commerce ainsi définie vise les échanges de produits et ceux de services ; que sont, en l'espèce, concernés tant les échanges concernant le carburéacteur que ceux, connexes auxquels ces échanges sont destinés, à savoir les services de transports aériens ; que la Décision retient exactement qu'en l'espèce, les échanges entre Etats membres concernent non seulement le marché direct de la vente de carburéacteur dont le fonctionnement est décrit par la Décision (n° 29 et suivants) ; que les offreurs sur les marchés sur appel d'offres organisés par Air France pour son escale de la Réunion sont des entreprises internationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de l'Union dont la France et le Royaume-Uni, étant observé que sur l'appel d'offres de 2002 en cause, trois des entreprises qui ont soumissionné avaient leur siège à Londres ou dans sa proche banlieue ; qu'en outre, l'achat du carburéacteur fourni sur l'île de la Réunion est, selon un accord entre les pétroliers, effectué à tour de rôle par la société de "trading" d'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies (Décision n° 33) dont trois sont établies au Royaume-Uni ; - mais aussi le marché connexe du transport de passagers entre la Réunion et la métropole, étant observé que la Réunion est une destination touristique et que les liaisons aériennes avec l'île se faisant à partir de la France continentale sont susceptibles d'être utilisées par des voyageurs en provenance ou à destination de tout Etat membre de l'Union européenne, peu important à cet égard que les passagers en provenance et à destination d'un Etat membre autre que la France soient, de fait, très minoritaires ; que c'est, au vu de ces éléments, à juste titre que la Décision retient qu'il existe des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés par la pratique, peu important que le carburéacteur servant à l'avitaillement des avions Air France ait initialement été acquis par les compagnies pétrolières en cause auprès de pays tiers à l'Union européenne ;

QUE s'agissant, en deuxième lieu, de "la notion de "susceptible d'affecter" qui a pour rôle de "définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre Etats membres, il est fait référence aux numéros 23 à 43 des lignes directrices qui présentent une synthèse de la jurisprudence communautaire ainsi qu'aux illustrations de la section 3 des mêmes LD, étant rappelé que

dans ces lignes directrices, le terme "produits" désigne les produits et les services (note 10) ; qu'il en résulte notamment : - que cette notion "suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres" (n° 23) ; - "qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre Etats membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est « de nature » à affecter le commerce entre Etats membres" ; qu'il n'y a ni obligation ni nécessité de calculer le volume réel du commerce intracommunautaire affecté par l'accord (n° 26 et 27) ; - que "l'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause (n° 28) ; - que "l'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre États membres peut être "directe ou indirecte, actuelle ou potentielle (n° 36) ; que l'influence directe est normalement en rapport avec les produits concernés par l'accord (n° 37) et qu'il n'est pas rare que l'influence indirecte soit en rapport avec des produits apparentés à ceux concernés par l'accord, mais peut être en rapport avec ces produits (n° 38 et 39) ; que ce qui compte, c'est la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre Etats membres et non de savoir si, à un moment donné, ils l'affectent réellement ; que l'intégration de l'influence indirecte ou potentielle dans l'analyse de l'affectation du commerce entre Etats membres ne signifie nullement que cette analyse peut reposer sur une influence éloignée ou hypothétique (n° 42 et 43) ; Considérant que, si ainsi que le soulignent les requérantes, l'île de la Réunion ne représente qu'une partie du territoire national, l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision (n° 175), "il n'existe pas de seuil quantitatif a priori permettant de déclarer que le commerce intracommunautaire n'est pas susceptible d'être affecté" ; que les entreprises auxquelles il est reproché de s'être concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour la fourniture en carburéacteur de son escale à la Réunion, sont des filiales de groupes pétroliers mondiaux et possèdent des établissements dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne ; que le carburéacteur ainsi vendu à Air France est préalablement acquis à tour de rôle par la société de "trading" d'une des mêmes entreprises ; qu'il est inopérant pour les requérantes d'invoquer la provenance géographique du carburéacteur qu'elles ont vendu à Air France après l'avoir, pour certaines, acquis sur un territoire de l'Union européenne (Cf Décision n° 33) ; que la pratique reprochée aux requérantes est une entente horizontale de répartition de marché entre tous les

participants à un appel d'offres annuel ; qu'un tel accord aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un profit affecte la structure même de la concurrence ; que si, ainsi que soutient la société Esso, aucune autre entreprise pétrolière n'avait, à l'époque des faits, manifesté la volonté de s'implanter sur l'île de la Réunion pour servir la demande des compagnies aériennes, il n'en demeure pas moins que l'entente en cause était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion, marché qui, ainsi que le rappelle la Décision (n° 37 à 42) s'était déjà jusqu'en 2001 ouvert à d'autres entreprises ; qu'il n'est pas sérieusement contestable que le coût du carburéacteur constitue une composante significative du prix de vente d'un billet d'avion et qu'une variation du prix du carburéacteur, produit concerné par l'entente incriminée, est donc susceptible d'avoir une incidence directe sur le prix du billet d'avion acquitté par les passagers et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de vols "longs courriers" ; que sont concernés tous les passagers Air France qui font un aller-retour entre la Réunion et Paris ou, via Paris, entre la Réunion et un autre pays de l'Union ; qu'ainsi, l'entente reprochée, qui affecte directement le prix du carburéacteur vendu à Air France à la Réunion et donc celui du billet d'avion, est indirectement susceptible d'avoir une incidence sur les activités transfrontalières de la société Air France qui, de la Réunion à ou via Paris, permet le transport de passagers européens, français ou non (et provenant ou retournant de ou sur l'ensemble du territoire français ou, via ce territoire, de ou sur celui d'autres Etats membres) ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'influence de la pratique en cause sur les courants d'échanges entre Etats membres n'apparaît ni hypothétique, ni spéculative (Cf LD n° 43) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les requérantes ne sont pas fondées à reprocher à la Décision d'avoir retenu que l'accord en cause avait la capacité d'affecter le commerce entre Etats membres ;

QUE s'agissant, en troisième lieu, de "la notion de "caractère sensible"", il est fait référence aux lignes directrices en ce qu'elles rappellent la jurisprudence communautaire (notamment LD n° 44 à 57 et n° 89 à 92), aux observations d'"amicus curiae" sus-visées et à la jurisprudence de la Cour de cassation discutée par les parties : Com. 1^{er} mars 2011 intervenu dans la présente affaire et Com. 31 janvier 2012 susvisé ; que les Lignes directrices, dans la section 2, explicitent "la notion de caractère sensible" en ces termes : "44. Le critère de l'affectation du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit communautaire aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur. Les accords et pratiques échappent à l'interdiction énoncée aux articles 81 et 82 lorsqu'ils n'affectent le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause... Le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause... "45. L'appréciation du caractère sensible dépend des

circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause. Si les accords ou les pratiques sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, le seuil du caractère sensible est inférieur à celui des accords et pratiques qui ne sont pas, par leur nature même, susceptibles d'affecter ce commerce. Plus la position de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres pourra être considéré comme le faisant de façon sensible..." que, s'agissant des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, les Lignes directrices invoquées par les parties sont ainsi rédigées : "89. Sur le plan qualitatif, la méthode d'appréciation des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre est la même que pour les accords couvrant l'ensemble d'un Etat membre. Autrement dit, l'analyse décrite à la section 2 s'applique. En revanche, dans l'appréciation du caractère sensible, il convient d'établir une distinction entre ces deux catégories pour tenir compte du fait que seule une partie d'un Etat membre est concernée par l'accord. Il faut en outre considérer la partie du territoire national qui est sensible au commerce. Si, par exemple, les frais de transport ou le rayon d'action du matériel font qu'il n'est guère rentable économiquement pour les entreprises d'autres Etats membres de desservir l'ensemble du territoire d'un autre Etat membre, le commerce est susceptible d'être affecté dès lors que l'accord interdit l'accès à la partie du territoire d'un Etat membre qui est sensible au commerce, pour autant que cette partie ne soit pas négligeable..." "90. Si un accord interdit l'accès à un marché régional, le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible. Cette appréciation ne saurait reposer sur la seule couverture géographique : il faut aussi accorder un certain poids à la part de marché des parties à l'accord. Même si les parties détiennent une forte part d'un marché régional parfaitement défini, la taille de ce marché en termes de volume peut encore être insignifiant par rapport aux ventes totales des produits en cause dans l'Etat membre en cause. C'est pourquoi il est généralement considéré que le meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter (sensiblement) le commerce entre Etats membres est la part du marché national en volume à laquelle l'accès est interdit. Par conséquent, les accords couvrant des régions présentant une forte concentration de la demande auront plus de poids que les accords couvrant des régions où la demande est moins concentrée. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être importante." "91. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière." "92. Pour les cas de cette catégorie, on pourra trouver certaines orientations dans la jurisprudence relative à la notion, dans

l'article 82, de partie substantielle du marché commun... Les accords qui, par exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres Etats membres d'avoir accès à une partie d'un Etat membre constituant une partie substantielle du marché commun devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre États membres.

QUE la Commission européenne a souhaité, dans l'affaire précitée ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2012 (B. 16), présenter devant la Cour de cassation, saisie de pourvois contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, des observations en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ; que la Commission a indiqué (Cf ses observations n° 8, 14 et 16 notamment) que les raisons de son assistance en tant qu'*amicus curiae* tenaient au fait : - que l'arrêt de la cour d'appel du 23 septembre 2010 - qui avait "appliqué, sans le citer, le test du paragraphe 90 des Lignes directrices" (à savoir, un volume des ventes affecté significatif par rapport au volume des ventes globales des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause) - avait fait une interprétation restrictive de la notion d'affectation sensible du commerce entre Etats membres ; - qu'elle considérait que par une telle interprétation restrictive, l'arrêt de la cour d'appel "s'écarte du droit de l'Union tel qu'il est interprété par les juridictions de l'Union et propose une interprétation erronée des Lignes directrices", - et qu'elle estimait qu'une telle interprétation "est de nature à mettre en péril la mise en oeuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE en France ainsi que l'application cohérente de ces textes dans les Etats membres et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence" ; que la Commission rappelle notamment que, "pour entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, il n'est pas exigé que les ententes visées aient affecté sensiblement les échanges communautaires. Il doit être établi que ces ententes sont de nature à avoir un tel effet" et explicite les points ci-dessus rappelés des Lignes directrices (en particulier LD n° 26 et 45) ; qu'elle précise notamment : - que "pour apprécier l'effet sensible, l'application du seul critère tiré du volume des ventes posé par le paragraphe 90 des Lignes directrices appliqué isolément ne saurait se substituer à une analyse de l'ensemble des circonstances de la cause. Il ressort en effet de la jurisprudence que l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants" ; - que "les Lignes directrices ne peuvent être interprétées comme permettant l'exclusion automatique et a priori du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit des dispositions pertinentes du Traité ; qu'à cet égard, il ressort également de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique décisionnelle de la Commission que des cas concernant des ports ou des aéroports peuvent avoir un effet sensible sur le commerce entre Etats membres" ; qu'au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence, il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait

pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres et ce, que soit "en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012) ou "en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation prononcé le 1^{er} mars 2011 dans la présente affaire) ; que, contrairement à ce que soutiennent ou évoquent les parties, aucun élément ne permet de retenir que l'arrêt du 31 janvier 2012 établirait "un test nouveau combinant les deux méthodes classiques dont le test multicritère propre au cas d'abus de position dominante" (conclusions en réplique de Shell n° 67) ; que les parties (Cf notamment mémoire en réplique de Total Réunion n° 73 à 115) ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment qu'en matière d'entente sur une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres dépend de deux critères spécifiques qui seraient celui du ratio (Cf ci-dessus) et celui de l'éviction d'une partie substantielle du marché commun, critères qui ne seraient, ni l'un, ni l'autre remplis en l'espèce ; que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à Air France dit affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'ait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas "la capacité" d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres ; qu'en l'espèce, les compagnies pétrolières sont des entreprises de taille mondiale qui ont des activités dans l'Union européenne ; que les entreprises en cause sont, en effet, soit des "filiales aviation" de tels groupes pétroliers, soit leurs filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que le chiffre d'affaires cumulé des entreprises sanctionnées par la Décision s'élève, pour la seule vente de carburéacteur, à 16 milliards euros, se chiffrant selon les entreprises en millions ou en milliards euros ; qu'ainsi qu'il a été dit, l'entente reprochée à ces entreprises était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion ; qu'il est, en outre, observé que le marché du carburéacteur à la Réunion, représentant pour les années en cause un chiffre d'affaires d'environ 50 millions euros dont 22 millions pour le seul appel d'offres d'Air France, n'était pas insignifiant et pouvait donc être attractif ; qu'il s'agit d'un marché pérenne dès lors que, pour les vols directs pour la métropole qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autres possibilités pour les compagnies aériennes que de s'approvisionner en carburéacteur à la Réunion (Cf : sur l'approvisionnement : Décision n° 212 et suivants) ; que l'aéroport international de Saint-Denis de la Réunion ne peut être qualifié de petit aéroport alors qu'il n'est pas contesté qu'il s'agit du plus important aéroport français d'outre-mer avec un trafic de près de 1,5 million de passagers et de plus de 25 000 tonnes de fret pour les années en cause ; que si les parties ne sont pas contredites lorsqu'elles font état des caractéristiques

géographiques et économiques de l'île de la Réunion (Cf ci-dessus), force est de constater que la superficie de ce territoire est aussi, voir plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne ; qu'en outre, s'agissant d'une île très éloignée de la France métropolitaine et des autres territoires de l'Union, le transport aérien constitue un facteur de non-enclavement qui lui confère une importance spécifique, d'autant qu'il n'est contesté qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de vols pour les passagers vers d'autres destinations européennes que Paris ; que, dès lors, les vols La Réunion-Paris constituaient une escale vers les autres destinations européennes, peu important à cet égard la nationalité des passagers empruntant de fait ces vols longs courriers ; que la réunion de ces éléments qui, pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants, établit que l'entente reprochée aux requérantes était de nature à affecter sensiblement les échanges communautaires ; qu'il résulte de tout ce qui précède que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le droit de l'Union (article 101 du TFUE) est applicable en l'espèce ;

1°) ALORS QUE les communications de la Commission européenne et les observations présentées par celle-ci en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de toute valeur contraignante ; qu'en se fondant exclusivement sur la communication de la Commission du 27 avril 2004 définissant « les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité » et sur des observations présentées devant la Cour de cassation par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* dans une affaire distincte, pour en déduire que le droit de l'Union européenne était applicable au présent litige, la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE, ensemble l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ;

2°) ALORS QUE les observations présentées par la Commission européenne en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de toute valeur contraignante ; qu'en affirmant « qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae*" à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) », la cour de renvoi qui a expressément conféré une force obligatoire aux observations de la Commission adressées de surcroît dans un litige distinct en fait et en droit, a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE, ensemble l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ;

3°) ALORS QU'une entente n'est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres que si, eu égard aux caractéristiques du marché national en cause, il existe un degré suffisant de probabilité qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la vente du produit ou du service en cause dans l'Etat membre concerné par des opérateurs

d'autres États membres ; qu'en tenant compte, pour apprécier la condition d'affectation du commerce entre États membres des répercussions de la pratique non seulement sur le marché en cause du carburéacteur, mais aussi sur celui « du transport de passagers entre la Réunion et la métropole », la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE ;

4°) ALORS QUE l'application du droit communautaire de la concurrence ne dépend ni de la nationalité des parties à l'entente ni du lieu de leur siège social ; qu'en décidant le contraire, la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE ;

5°) ALORS QU'une décision, un accord ou une pratique n'est susceptible d'affecter le commerce entre États membres que si un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres ; qu'en se bornant à considérer que cette condition était nécessairement remplie en matière de transport aérien entre un département d'outre-mer et la métropole d'un même État membre, la cour de renvoi qui n'a pas établi avec un degré de probabilité suffisant en quoi le commerce entre États membres risquait, en l'espèce, de se trouver affecté, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE ;

6°) ALORS QU'en présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet État ; que ce critère ne devient qu'un élément parmi d'autres liés à la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un État membre ; qu'en affirmant, pour considérer que le commerce intracommunautaire avait, en l'espèce été sensiblement affecté « qu'au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence, il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres et ce, que soit en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un État membre ou en l'état, comme en l'espèce, d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel État », la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

7°) ALORS QU'en présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté

par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ; que ce critère ne devient qu'un élément parmi d'autres liés à la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ; qu'en retenant que l'entente en cause ne couvrant qu'une partie du département de la Réunion était de nature à affecter sensiblement les échanges intracommunautaires, après avoir constaté que le volume des ventes de carburéacteur affecté par la pratique, réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003 n'avait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

8°) ALORS QU'en retenant que la superficie de ce département d'outre-Mer « est aussi, voire plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne », après avoir considéré que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié au regard de la nature des pratiques, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

9°) ALORS QU'en tenant compte, pour apprécier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un seul Etat de prétendues spécificités inhérentes aux départements ou territoires d'outre-mer, la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(sur les saisies effectuées au Royaume-Uni)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Outre Mer dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence.

AUX MOTIFS QUE (...) sur les saisies effectuées au Royaume-Uni, par courrier daté du 3 décembre 2004, le rapporteur général du Conseil a, sur le fondement de l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, adressé au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT) une demande d'assistance afin de recueillir des informations auprès des sociétés Exxon Mobil Aviation International Ltd, Chevron Texaco UK, Chevron Texaco Global Aviation et Shell Aviation Ltd exerçant leurs activités à Londres et concernées par les activités de vente de carburéacteur à Air

France ; que le président de l'OFT a, le 12 avril 2005, autorisé, par application de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act), des membres de son personnel à pénétrer sans notification préalable dans les locaux des entreprises et à y exercer les pouvoirs conférés par ce texte ; que l'enquête a eu lieu le 14 avril 2005 conformément au droit britannique avec l'accord des entreprises concernées ; que trois rapporteurs désignés par décisions du Conseil ont assisté à l'enquête ; que l'OFT a transmis à l'Autorité française les documents produits par lesdites entreprises et ces documents ont été utilisés dans le cadre de la présente procédure ; que les requérantes contestent tant le recours aux dispositions de l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 que la régularité "des visites et saisies" effectuées au Royaume-Uni, ce dont elles déduisent que les documents "saisis" au Royaume-Uni doivent être écartés des débats et que la preuve de l'entente alléguée n'est pas, ou a fortiori pas, rapportée ; que les sociétés Shell et Esso soutiennent que le rapporteur général du Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les faits de la cause pouvaient relever de l'article 101 du TFUE ; que la société Esso et les sociétés du groupe Total ajoutent que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n'étaient pas réunies en ce que le rapporteur général du Conseil a invoqué à tort le droit communautaire et présenté à l'OFT une demande tardive et irrégulière car affectée d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions au mépris du principe de coopération loyale ; que la société Esso prie la cour de dire que les droits fondamentaux garantis par la CEDH ont été violés "s'agissant de la procédure pour recueillir des preuves" et ce en raison, d'une part, du fait que la demande d'assistance du 3 décembre 2004 aurait dû être préalablement autorisée par le juge français gardien des libertés fondamentales et d'autre part, du fait de l'absence de contrôle judiciaire a posteriori par les juridictions françaises de la légalité de la procédure suivie au Royaume-Uni pour recueillir des pièces utilisées par les autorités françaises ; que la société Chevron prie également la cour de constater que les saisies ont été effectuées au Royaume-Uni en violation des articles 6 et 8 CEDH ; qu'elle invoque un défaut d'équivalence des garanties du procès équitable en France et au Royaume-Uni en ce qu'une autorisation judiciaire est nécessaire en France pour procéder à des visites et saisies dans les locaux d'une entreprise (article L. 450-4 du code de commerce) alors que l'article 65 F de la loi britannique de 1998 permet certaines perquisitions sans autorisation judiciaire ; qu'elle soutient que ses "droits... n'ont pas bénéficié d'une protection équivalente au Royaume-Uni à celle dont aurait bénéficié ceux d'une entreprise en France en cas d'enquête approfondie" et dont les autres parties à cette procédure, dont les locaux n'étaient pas situés au Royaume-Uni, ont bénéficié, l'irrégularité de la demande d'assistance du 3 décembre 2004 en l'absence d'autorisation judiciaire préalable et ce, en violation du droit fondamental à un procès équitable et du droit à l'inviolabilité du domicile ; qu'il est reproché au Rapporteur général d'avoir enfreint les dispositions des articles L. 450-4 du code de commerce, 6 et 8 CEDH et la Charte des droits fondamentaux, en

ne sollicitant pas une autorisation du juge des libertés et de la détention avant de demander l'intervention de l'OFT ; l'illégalité de la participation des rapporteurs du Conseil aux inspections menées par l'OFT en ce que cette participation l'a privée de garanties fondamentales ; que les sociétés du groupe Total invoquent aussi l'irrégularité de la procédure du fait de la participation de trois rapporteurs du Conseil aux investigations menées à Londres en dehors de tout titre de compétence ; qu'après avoir exposé qu'elles sont recevables à soulever ce moyen devant les juridictions françaises et que le Conseil, ainsi que les juridictions françaises sont compétents pour contrôler la conformité, notamment au droit anglais, des investigations menées à Londres, ces sociétés soutiennent que la participation des rapporteurs français à l'enquête menée à Londres, en dehors de tout titre de compétence, est contraire tant au droit anglais car les dispositions de la section 65 F du Competition Act n'octroient aucun titre de compétence à des agents étrangers, qu'aux droits communautaire (article 22. du Règlement) et français (L. 450-1 du code de commerce) qui n'octroient aucun titre de compétence aux agents du Conseil en dehors du territoire national ; qu'elle ajoutent que les trois questions préjudicielles qu'elles proposent pourraient, si la cour l'estimait nécessaire, être soumises à la CJUE ;

QUE sur les dispositions de l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, aux termes de l'article 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, devenus les articles 101 et 102 du TFUE : "1. Une autorité de concurrence d'un Etat membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12 ; que l'article 12 dudit règlement prévoit : "1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. 2. Les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information.(...)" ; que ces dispositions sont éclairées notamment par les considérants 15 et 16 du même règlement "(15) Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. A cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les Etats membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau. "(16) Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations,

même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire" ; qu'il résulte de ce règlement européen, d'application directe, que c'est à juste titre que la Décision (n° 185 et suivants) distingue trois étapes relevant de contrôles distincts : - la demande d'assistance qui est formulée par l'autorité nationale de concurrence qui souhaite en bénéficier, - l'autorisation et le déroulement de l'enquête mise en oeuvre par l'autorité destinataire de cette demande, - l'utilisation des informations obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'enquête a été réalisée ; qu'en application de l'article 22 sus-rappelé du règlement, l'autorité de concurrence qui accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête y procède en appliquant son droit national et non celui du pays de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée ; que la Décision retient exactement que l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet Etat ; que les dispositions de l'article 22 du règlement ne peuvent être utilisées que pour la recherche d'une infraction relevant, à tout le moins, des dispositions des articles devenus 101 et 102 du TFUE ;

QUE sur la demande d'assistance du 3 décembre 2004, ainsi qu'il a été dit, le rapporteur général du Conseil a invoqué l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 pour demander à l'autorité de concurrence britannique d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête ; qu'au vu des termes du courrier daté du 3 décembre 2004 par lequel cette assistance a été demandée, il ne peut être soutenu que le rapporteur général du Conseil a commis une "erreur manifeste d'appréciation" en estimant, au vu des éléments en sa possession, que les faits sur lesquels portaient la demande d'assistance pouvaient relever des articles devenus 101 ou/et 102 du TFUE ; qu'en effet, ce courrier, après un exposé du contexte factuel et procédural, des nécessités de l'enquête et des qualifications possibles des pratiques en

cause, fait notamment état de l'impact possible des pratiques en cause sur des compagnies pétrolières concurrentes, telle BP, et de l'impact du prix du kérosène sur le prix des billets d'avion ; que sur la violation invoquée du principe de coopération loyale entre les autorités membres du Réseau Européen de Concurrence (REC), il est observé que la plainte du 14 janvier 2003 dont Air France a saisi le Conseil était fondée tant sur les dispositions du droit national que sur celles du droit communautaire ; qu'en outre, si, dans un premier temps, le rapporteur général n'a visé que les dispositions du droit interne, il ne saurait en être tiré aucune conséquence dès lors qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire ; qu'il est, au surplus, rappelé que les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil ; que l'allégation selon laquelle l'affectation du commerce intra-communautaire n'aurait été qu'un "prétexte" tardif pour élargir une enquête jusqu'alors infructueuse, relève d'une simple affirmation d'autant moins fondée que le droit de l'Union est applicable en l'espèce ; que par ailleurs, s'agissant des circonstances invoquées dans la demande d'assistance du 3 décembre 2004 pour permettre à l'OFT de procéder au contrôle du bien-fondé de cette demande, demande que cette autorité peut accepter ou refuser, il convient de relever que, s'il est vrai que ce courrier mentionne que les autres compagnies aériennes qui desservent la Réunion, effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et les pays européens autre qu'entre la Réunion et la France métropolitaine, force est de constater qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée de cette affirmation ; que, contrairement à ce qui est soutenu, ce n'est pas, à ce stade de l'enquête et au vu des développements qui précèdent relatifs à la notion de "susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres", de façon erronée que ce courrier mentionne que les pratiques "peuvent avoir eu un impact sur des compagnies européennes", que, par exemple BP "a potentiellement été affectée par les pratiques considérées" et que le prix du kérosène représente une partie importante du prix du billet d'avion et son augmentation affecte le commerce entre Etats membres ; que les éléments invoqués par les sociétés Total pour soutenir que des omissions privent la demande d'assistance du 3 décembre 2004 de sa légalité apparaissent d'autant moins déterminants qu'il ne peut être soutenu que le droit communautaire aurait été "délibérément écarté" lors de l'enquête menée en France et que la décision publiée du Conseil du 19 octobre 1993 était citée dans ce courrier ; qu'il n'est pas justifié "d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions" qui auraient été de nature à empêcher l'OFT de "se prononcer en toute connaissance de cause" ; qu'enfin, en autorisant

par écrit du 12 avril 2005, sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act), une enquête dans les locaux des entreprises concernées au Royaume-Uni, le Président de l'OFT a exercé une appréciation de droit et de fait sur la demande qui lui était présentée par l'Autorité française ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et le principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC auraient été méconnus ;

QUE sur l'absence d'autorisation judiciaire préalable à la demande d'assistance, pour soutenir que la demande d'assistance adressée à l'OFT le 3 décembre 2004 par le Rapporteur général du Conseil aurait dû être préalablement autorisée par le juge français, les sociétés Chevron et Esso invoquent les dispositions des articles L. 450-4 du code de commerce, les articles 6 et 8 CEDH et la Charte des droits fondamentaux ; que (cependant) les dispositions des articles L. 450-1 et L. 450-4 du code de commerce ne subordonnent pas à une autorisation judiciaire préalable la demande d'assistance formée par le rapporteur de l'Autorité de la concurrence auprès d'une Autorité d'un autre Etat membre dans le cadre de la procédure d'entraide prévue par l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ; qu'en outre, ce règlement ne subordonne pas l'exécution d'une mesure d'enquête qu'une autorité nationale de concurrence peut mener sur son territoire en application de son droit national au nom et pour le compte d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre à l'autorisation préalable d'un juge de l'Etat pour le compte duquel la mesure est effectuée ; qu'ainsi qu'il a été dit, en vertu de l'article 22 dudit règlement, l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire, en l'espèce le droit britannique ; qu'il n'appartient pas au juge français d'autoriser ou de contrôler le déroulement de mesures d'enquête sur d'autres territoires que son territoire national ; qu'en l'espèce, après avoir reçu du rapporteur général du Conseil la demande d'assistance susmentionnée du 3 décembre 2004 formulée en application du règlement communautaire, le Président de l'OFT l'a acceptée en autorisant ses agents à enquêter sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act) ; qu'il est, à cet égard, rappelé que coexistent en droit britannique, deux types d'enquêtes incluant des visites dans les locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition délivré par un juge (article 65 G du Competition Act) et l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65 F du Competition Act) ; que, si ces procédures britanniques constituent un ensemble qui ne correspond pas exactement à la distinction du droit français entre les enquêtes dites "simples" qui reposent sur l'exercice de pouvoirs non coercitifs (article L. 450-3 du code de commerce) et les enquêtes dites "lourdes" prévues par l'article L. 450-4 du même code soumises à autorisation judiciaire, force est de constater que la procédure de l'article 65 F du Competition Act, utilisée en l'espèce, s'apparente plus à celle des enquêtes dites "simples" qui peuvent être

réalisées sans autorisation judiciaire préalable et qu'en outre, c'est en accord avec les entreprises concernées que les opérations d'enquête ont été réalisées par l'autorité britannique ; qu'en définitive, sous couvert d'un défaut d'équivalence des garanties fondamentales en France et au Royaume-Uni, au demeurant non établi, et ce, au surplus, d'autant moins que les droits nationaux français et britannique constituent des ensembles cohérents différents susceptibles de garantir de façon différente les droits fondamentaux des parties et qu'ainsi que le mentionne le considérant 16 sus-rappelé du règlement "les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents" - l'argumentation des requérantes tend en réalité tant à remettre en cause des mesures autorisées et exécutées au Royaume-Uni selon le droit britannique seul applicable par application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 qu'à faire apprécier par le juge français la conformité à la CEDH et à la Charte des droits fondamentaux des dispositions du Competition Act britannique ; que de tels contrôles relèvent du juge britannique que les parties ne soutiennent pas avoir saisi à cette fin ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'une autorisation du juge des libertés et de la détention aurait été nécessaire pour demander le 3 décembre 2004 l'assistance de l'OFT ;

QUE sur la présence des rapporteurs du Conseil aux opérations menées par l'OFT, contrairement à ce que soutient la société Air France, il ne résulte pas du seul fait que les sociétés du groupe Total n'ont pas été visées par les opérations d'enquête effectuées par l'OFT que ces sociétés seraient irrecevables à se plaindre de la présence de rapporteurs du Conseil aux opérations d'enquête menées au Royaume-Uni ; que les sociétés du groupe Total prie la cour de "constater que trois rapporteurs du Conseil de la concurrence se sont rendus sur le territoire du Royaume-Uni pour y exercer des pouvoirs d'enquête aux côtés des agents de l'OFT dans les locaux de Shell, Exxon et Chevron et se sont faits remettre des documents sur le territoire britannique" ; que, selon ces sociétés, la participation des rapporteurs français à l'enquête menée à Londres est contraire aux dispositions de la section 65 F du Competition Act et à celles des articles 22 du règlement n° 1/2003 et L. 450-1 du code de commerce ; que la société Chevron expose (mémoire n° 273) que si un de ses agents au Royaume-Uni a consenti à la présence du rapporteur du Conseil lors des opérations menées par l'OFT, elle ne demande bien évidemment pas à la cour de se prononcer sur la question de savoir si la présence du rapporteur qui a accompagné les enquêteurs britanniques sans autorisation judiciaire britannique est ou non conforme à la réglementation britannique, mais fait valoir qu'"à supposer qu'une telle pratique soit irrégulière", l'accord de son agent ne peut la rendre régulière et qu'elle "est fondée à se plaindre d'avoir été privée de garanties fondamentales" ; que (cependant) l'argumentation des sociétés du groupe Total manque en fait ; qu'en effet, les rapporteurs du Conseil n'ont exercé aucun pouvoir d'enquête qui leur serait propre ; que ces rapporteurs n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations

menées par les agents de cette autorité afin de vérifier qu'elles entraînent dans le cadre de l'enquête sollicitée par le rapporteur général du Conseil ; qu'en outre, la présence de membres du Conseil a été acceptée, par procès-verbal, par les entreprises dans les locaux desquels ont été effectuées, en vertu du droit britannique, les opérations d'enquête menées par les agents de l'OFT ; qu'ainsi qu'il a été dit, le déroulement des opérations menées au Royaume-Uni sur le fondement du droit britannique relève du contrôle du juge de cet Etat ; que la société Chevron, qui ne soutient pas avoir saisi le juge britannique, n'est pas fondée à invoquer, sans plus de précision, la violation de garanties fondamentales en se prévalant de la supposition qu'une irrégularité aurait été commise au Royaume-Uni ; que ce n'est par conséquent qu'au surplus qu'il est observé que les dispositions invoquées des articles 22 du règlement n° 1/2003 et L. 450-1 du code de commerce n'interdisent pas en son principe l'assistance des agents qui exécutent une mesure d'enquête par des agents de l'Etat membre au nom et pour le compte duquel est, en application dudit règlement, effectuée la mesure ; que le moyen n'est pas fondé ;

QUE sur le contrôle judiciaire a posteriori de la régularité de la procédure, selon la société Esso, il appartient aux juridictions françaises "de contrôler la légalité de la procédure de visites et saisies diligentées sur le territoire britannique d'abord au regard du droit britannique puis au regard des principes fondamentaux applicables qui relèvent de l'ordre public ; que cette société soutient que ses droits fondamentaux ont été violés en ce qu'elle a été privée de tout recours effectif contre les opérations de visites et saisies ; qu'ainsi qu'il a été dit, il n'a pas été procédé au Royaume-Uni à des opérations de visites et saisies au sens de l'article L. 450-4 du code de commerce et les contestations relatives au déroulement des investigations menées en application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 sur le fondement du droit britannique ne peuvent être portées que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni sur le fondement du droit britannique ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les critiques des requérantes ne sont pas fondées et que c'est à tort qu'elles entendent faire écarter des débats les pièces (notamment celles cotées 2027 et 3151) recueillies au cours de l'enquête exécutée au Royaume-Uni par l'OFT en application du droit britannique, au nom et pour le compte du Conseil de la concurrence afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article devenu 101 du TFUE ;

1°) ALORS QU'une autorité de concurrence d'un Etat membre ne peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre que pour établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité devenus 101 et 102 du TFUE ; qu'ainsi la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ;

qu'en considérant qu'il importait peu que les dispositions du droit communautaire n'aient dans un premier temps pas été visées par le rapporteur général, bien que le risque d'infraction aux règles communautaires de la concurrence soit une condition de recevabilité de la demande d'assistance, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE ;

2°) ALORS QU'une autorité de concurrence d'un État membre ne peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre que pour établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité devenus 101 et 102 du TFUE ; qu'ainsi la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre État membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en retenant « qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire » quand les investigations contestées n'ont pas eu lieu en France mais au Royaume-Uni, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à justifier la demande d'assistance du 3 décembre 2004, a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ainsi que des articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE ;

3°) ALORS QU'en droit communautaire, le respect des droits de la défense constitue un principe de caractère fondamental, qui doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'en affirmant au contraire, pour refuser d'annuler la demande d'assistance du 3 décembre 2004, que « les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil », la cour de renvoi a violé les articles 6 du traité de l'Union européenne, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

4°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que la demande d'assistance émise par le Conseil de la concurrence auprès d'une autorité étrangère doit être loyale et qu'il n'en est ainsi que si les informations fournies à l'appui de la demande de concours, sont complètes et objectives ; qu'en décidant que la demande d'assistance adressée par le rapporteur du Conseil de la concurrence aux autorités britanniques était loyale, après avoir expressément constaté que la demande d'assistance du 3 décembre 2004 mentionne à tort que les autres compagnies aériennes qui desservent la Réunion, effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et les pays européens autre qu'entre la Réunion et la France métropolitaine, ce qui tendait à laisser penser que le commerce entre Etats membres était ainsi directement affecté, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ;

5°) ALORS QUE la demande d'assistance émise par le Conseil de la concurrence auprès d'une autorité étrangère doit être loyale ; qu'en se bornant à retenir, pour considérer que le rapporteur n'avait pas manqué à son obligation de loyauté que la décision publiée du Conseil du 19 octobre 1993 était citée dans la demande d'assistance, sans vérifier, comme elle y avait été invitée si le rapporteur n'avait pas omis d'indiquer que selon la décision du 19 octobre 1993 du Conseil de la concurrence le marché du carburéacteur de l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion était, compte tenu de ses caractéristiques, purement local, ce qui ôtait toute dimension communautaire aux pratiques dénoncées, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, et des articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ;

6°) ALORS QUE seuls les agents de la Commission sont habilités à assister aux opérations de visite effectuées dans un Etat membre et à se faire remettre les documents saisis ; que lorsque la visite a eu lieu à la demande d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre, les informations sont recueillies par l'autorité ayant prêté son assistance puis transmises par celle-ci à l'auteur de la demande ; qu'en considérant que les rapporteurs du Conseil français de la concurrence avaient pu valablement assister aux opérations de visites, la cour de renvoi a violé les articles 12, 20 et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

7°) ALORS QU'une personne est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers, lorsque cet acte, illégalement accompli, a

porté atteinte à ses intérêts ; qu'ainsi une personne est toujours recevable à contester, devant la juridiction de jugement la légalité d'une visite pratiquée au domicile d'une autre partie à la procédure, lorsque des pièces découvertes à cette occasion lui sont ensuite opposées pour justifier sa condamnation ; qu'en considérant que la contestation du déroulement de l'opération de visite au Royaume-Uni était exclusivement soumise au droit et à la procédure britanniques, et qu'elle échappait à la compétence de la juridiction française, la cour de renvoi qui a privé les sociétés Total qui n'ont pas été visées par les enquêtes à Londres mais auxquelles les pièces découvertes ont été opposées du droit de contester le déroulement des opérations de visites, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ;

8°) ALORS QUE le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'une autorité qui se fait remettre volontairement des documents par une entreprise dans le cadre d'une procédure non coercitive ne peut ensuite lui opposer ces pièces pour justifier une sanction que si la société mise en cause avait été préalablement et clairement informée de ses droits qu'en retenant, pour décider que la procédure de visite pratiquée à Londres était régulière, que la présence des membres du Conseil de la concurrence a été acceptée par les entreprises dans les locaux desquelles les opérations d'enquête ont été menées sans vérifier, si les parties avaient été clairement et préalablement informées de leurs droits, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 du traité de l'Union européenne, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

(sur l'entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Outre Mer dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence.

AUX MOTIFS QUE (...) sur la procédure d'appel d'offres et le comportement d'Air France, les sociétés Chevron et Total Réunion soutiennent que c'est à tort et de façon trompeuse qu'est utilisé le terme « d'appel d'offres » pour

décrire les modalités suivant lesquelles la société Air France procédait à ses achats de carburéacteur ; que la société Total Réunion expose que le processus de négociation mis en place par Air France n'est ni un appel d'offres, ni une mise en concurrence des différents fournisseurs, qu'il s'agit d'un processus de négociation "sui generis" qui ne revêt pas les caractéristiques d'un appel d'offres au sens du code des marchés publics et d'un processus de négociation asymétrique d'une année à l'autre au cours duquel Air France négocie avec des fournisseurs qu'elle a préalablement sélectionnés et divulgue des informations à ses fournisseurs ; que la société Chevron ajoute que les méthodes de négociation dont usait Air France, acheteur principal à la Réunion, réduisaient les incitations des offreurs à faire baisser les prix ; qu'à titre liminaire, s'agissant des marchés et acteurs en cause, il est fait référence à la Décision et notamment les paragraphes 1 à 50 et 211 à 216, étant à ce stade observé que c'est à juste titre qu'il est retenu que le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion où l'absence de substituabilité du côté de l'offre (en raison des infrastructures essentielles pour le stockage et l'avitaillement) et de la demande (les compagnies aériennes ne pouvant s'approvisionner en un autre lieu en raison de la durée des vols) conduit à la définition d'un marché limité à l'aéroport Saint-Denis de la Réunion ; que, si comme le souligne la société Chevron, Air France était l'acheteur principal de carburéacteur à la Réunion, il importe de rappeler que cette société n'avait pas d'autre choix que de s'approvisionner à la Réunion auprès des compagnies pétrolières membres des deux groupements d'intérêt économique GEIAG et GPAG ; que le terme "d'appel d'offres" n'est pas utilisé dans la Décision au sens que lui donne le code des marchés publics et que décrit la société Total Réunion aux pages 129 et suivantes de son premier mémoire ; qu'ainsi que le souligne la Décision (n° 47), l'appel d'offres d'Air France ne fonctionne pas, comme un marché public, suivant le principe d'une offre fixe sous pli fermé à un seul tour et que chaque compagnie a sa propre procédure pour mettre en concurrence les offreurs ; que le terme d'appel d'offres ne peut être qualifié de trompeur alors que la Décision décrit le principe de la procédure organisée par Air France (n° 46 à 50) et relève exactement (n° 218) que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion sont des appels à la concurrence, consistant à inviter des fournisseurs de biens ou services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée, à savoir l'attribution d'un marché annuel ; qu'il ne peut être contesté que les règles de concurrence s'appliquent à l'ensemble des appels d'offres, publics ou privés, régis ou non par le code des marchés publics et encadrés ou non par une procédure formelle ; que la Décision relève, sans être utilement contredite, que le processus mis en place par Air France s'inscrit dans un calendrier précis, généralement le mois qui précède le démarrage du contrat annuel et selon un processus pré-établi qui comporte plusieurs tours au cours desquels les compagnies pétrolières formulent des offres en volumes et en prix parmi lesquelles la compagnie aérienne retient la mieux offrante et lui attribue la fourniture correspondant

à la quantité que cette compagnie est disposée à fournir au prix proposé, la totalité des volumes pouvant être allouée soit à un seul offreur, soit, comme cela a été le cas au cours des vingt dernières années, à plusieurs fournisseurs à des prix éventuellement différents (Décision n° 46 et suivants et n° 219) ; que même à supposer établis les faits, invoqués par les requérantes, qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ces faits ne seraient pas de nature à remettre en cause les constatations de la Décision relatives à l'organisation des appels d'offres d'Air France ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, c'est de façon pertinente que le Conseil tire des enseignements de l'examen des appels d'offres organisés par Air France durant les vingt années précédant 2002 ; que la Décision observe exactement que le nombre définitif de tours n'est pas connu des soumissionnaires et ceux-ci sont incités à diminuer leurs prix dès lors que chaque tour étant susceptible d'être le dernier, une entreprise peu compétitive en prix risque d'être exclue du marché ou de n'obtenir qu'un volume limité d'approvisionnement ; qu'elle constate (n° 48) que, sur les vingt années antérieures, les offres des compagnies pétrolières ne permettaient pas individuellement de répondre à la totalité des besoins de la compagnie aérienne, mais que la totalité des quantités offertes par les compagnies pétrolières étant supérieure à la totalité des quantités nécessaires à Air France et chaque offreur étant tenu dans l'ignorance des quantités offertes par ses concurrents, Air France pouvait faire jouer la concurrence et choisir entre les offreurs entre les différents tours de l'appel d'offres ; que, pour ce faire, Air France restituait certaines informations à chacun des offreurs en cours de procédure ; que cette information sur les résultats intermédiaires, dite "feedback", consistait notamment à préciser à chaque offreur l'écart de prix qu'il présentait avec son concurrent le mieux placé et sa position (rang) par rapport à l'offreur ayant fait les meilleures propositions, et parfois, le ratio de couverture ; qu'ainsi l'offreur, qui ignorait les pourcentages offerts par ses concurrents, était généralement conduit à réajuster quantité et prix au cours de l'appel d'offres ; qu'il en résulte que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision établit qu'avant 2002, la procédure d'appel d'offres organisée par Air France a eu pour effet de conférer au marché un caractère instable et partant très concurrentiel ; qu'en effet, chaque année, les positions des offreurs sur le marché étaient susceptibles de changer et un offreur pouvait être évincé du marché par la compagnie aérienne, ce qui a d'ailleurs été le cas de Total Réunion sur l'aéroport de la Réunion en 2001 ; que, de fait, Air France a toujours réussi, avant 2002, à obtenir des prix bas ; que c'est à juste titre que la Décision a écarté l'argumentation des parties qui soutenaient qu'en l'absence de règles précises pour les appels d'offres et d'obligation pour les compagnies aériennes de retenir le moins disant, il n'y aurait pas eu d'incitations pour les compagnies pétrolières à faire baisser

leurs prix ; qu'enfin, s'agissant des informations qu'Air France aurait divulgué durant l'appel d'offres, aucun élément ne permet de remettre en cause les conclusions de la Décision (n° 267, 268 et 460 à 473) selon lesquelles les informations communiquées par Air France ne pouvaient pas permettre aux compagnies pétrolières d'anticiper le comportement de leurs concurrents pendant l'appel d'offres puis d'en connaître le résultat final, étant au surplus observé que la société Air France confirme devant la cour, sans être sérieusement contredite, n'avoir communiqué qu'à l'issue du deuxième tour l'information selon laquelle le ratio de couverture était, en 2002, de 100 % (Cf Décision n° 280 et 281) ;

QUE sur les preuves de l'entente, toutes les requérantes soutiennent que les éléments réunis par le Conseil ne permettent pas d'établir qu'elles se seraient concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres lancé par Air France en 2002 pour l'approvisionnement en kérosène de ses avions sur l'escale de la Réunion en 2002/2003, notamment pour limiter les quantités de kérosène offertes à Air France et pour augmenter les prix, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article devenu 101 du TFUE ; que les moyens invoqués par les parties tendant à contester l'applicabilité du droit de l'Union et les saisies opérées au Royaume-Uni ayant été ci-dessus écartés, doivent par voie de conséquence être rejetées les argumentations des parties tendant à soutenir que la Décision ne pouvait utiliser, à titre de preuve de l'entente reprochée, les éléments recueillis au Royaume-Uni ; que les requérantes contestent chacun des éléments ayant conduit le Conseil à retenir : - d'une part, que les pièces du dossier (document 2027 : notes manuscrites de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron aviation, document 384 : courrier électronique de Total Outre-Mer du 17 octobre 2002 (Mme Daisy A à M. Joël G), document 3151 du 17 octobre 2002 à lire en lien avec le document 3150 (courriers électroniques Mme Mina H, Shell trading » constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations entre les entreprises. avant et durant le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, ces échanges portant sur des éléments clés à savoir la répartition du marché (cote 2027), la stratégie à adopter en cas de changement de source d'approvisionnement (cote 384) et le niveau des prix de transfert (cotes 3150 et 3151) - d'autre part, que l'examen des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002 apporte des indices supplémentaires de la concertation anticoncurrentielle reprochée car montre une similitude sans précédent de comportements ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier ses offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; (Cf sur ces points : Décision n° 235, 383 à 385 et 480) ; que sur les indices tirées de preuves matérielles de la concertation, reprenant les argumentations soumises durant la procédure menée devant le Conseil et écartées par la Décision, les requérantes contestent la pertinence, l'interprétation et le

caractère probant de chacun des éléments matériels examinés par la Décision (document 2027, document 384, document 3151) ; que certaines requérantes ajoutent qu'un courrier électronique saisi chez Shell (cote 2992) est de nature à infirmer l'hypothèse d'une collusion entre les pétroliers ; qu'en premier lieu, s'agissant du document coté 2027, il est soutenu que les notes manuscrites de M. Simon Y n'ont ni date, ni source, ni signification certaines et ne reproduisent pas exactement les résultats du premier tour d'enchères ; que ce document, saisi à Londres dans le bureau de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron Aviation, est exactement décrit aux numéros 141 et suivants de la Décision ; que la partie de ce document correspondant à un tableau électronique (tableur Excel) intitulé "file Air France 2002.xls" est daté de façon certaine du 25 septembre 2002, soit cinq jours avant la date limite pour le dépôt des offres fixé par Air France le 30 septembre ; que ce document comporte, outre des mentions manuscrites relatives aux prix et quantités envisagés pour répondre à l'appel d'offres, des annotations manuscrites, figurant en bas à droite du document et ainsi rédigées : "25 % CT GA (Chevron), 30 % E/M (Exxon), 25/30 Shell, 15/20 TFE" (Total) ; que ces pourcentages correspondent aux offres en volume des compagnies pétrolières pour le premier tour de l'appel d'offres de 2002 : 25 % pour Chevron, 30 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 15 % pour Total ; qu'ils ne correspondent pas exactement aux parts de marché obtenues à l'issue de l'appel d'offres (25 % pour Chevron, 32 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 13 % pour Total) ; que c'est à l'issue d'une démonstration étayée, tenant compte de l'ensemble des objections ou suppositions soumises, que la Décision retient, aux termes de motifs que la cour adopte, que ces dernières annotations ont été inscrites, comme les autres mentions manuscrites figurant sur ce document, entre le 26 et le 30 septembre 2002, date de la remise de l'offre ferme à Air France et qu'aucun élément ne permet de remettre en cause cette datation au même moment de l'ensemble des annotations manuscrites du document 2027 (Cf Décision n° 241 à 248 et 263 à 288) ; que, pas plus devant la cour qu'elles ne l'avaient fait devant le Conseil, les parties ne justifient leurs affirmations relatives au caractère incertain, possiblement postérieur au 30 septembre 2002, de la date à laquelle M. Simon Y a porté les annotations manuscrites de répartition de marché figurant sur ce document ; qu'ainsi que le relève la Décision, les explications avancées par les parties sur les sources des informations de répartition de marché ou sur les circonstances dans lesquelles de telles annotations manuscrites ont été portées par M. Simon Y sur le document en cause, ne peuvent être suivies ; que c'est notamment à juste titre que la Décision écarte l'hypothèse selon laquelle ces annotations proviendraient d'informations fournies par Air France, de même que celle selon laquelle ces annotations seraient des anticipations propres à M. Simon Y ; que la cour se réfère sur l'ensemble de ces points à la Décision (n° 267 et 268, 460 à 473, n° 279 à 287, n° 289 à 311) dont les motifs ne sont pas utilement contestés ; qu'en outre, contrairement à ce qui est à nouveau soutenu, les prévisions de M. Simon Y ne peuvent être qualifiées d'imprécises (Cf ci-dessus la teneur des annotations et Décision n° 306 à 308) ; qu'il résulte de ce qui précède

que c'est à juste titre que la Décision retient (n° 311) que "la seule explication crédible - que les entreprises mises en cause nient contre toute évidence - est que la répartition de marché inscrite sur le document 2027, qui anticipe très précisément le déroulement de l'appel d'offres, résulte d'un échange d'informations préalable au dépôt des offres" ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'une concertation entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ; qu'en deuxième lieu, s'agissant du document coté 384, il est soutenu que l'objet de ce courrier électronique (changement de source d'approvisionnement du carburéacteur) est sans pertinence au regard du grief retenu qui n'est relatif ni à des échanges d'informations, ni à une entente sur les prix ; qu'il est ajouté que le sens de ce courrier est ambigu, que les informations qu'il contient peuvent provenir d'Air France et sont, en outre, erronées car seule Total Réunion a proposé une offre en "AG" avec "add on" conforme à celle décrite par ce courrier ; que la société Chevron ajoute qu'il s'agit d'un document interne à Total qui ne peut servir de preuve de l'existence d'un échange d'informations ; que le document coté 384 est un courriel relatant une conversation entre Mme Daisy A (Total Outre-Mer) et M. Joël G (Total Trading) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause ; que ce document et le contexte de sa rédaction sont exactement décrits aux paragraphes 153 à 157 de la Décision auxquels il est fait référence ; que les requérantes reprennent devant la Cour les argumentations écartées par la Décision par des motifs pertinents, non sérieusement contestés et que, pour ces raisons, la cour adopte : Cf Décision n° 237, 312 à 341 et n° 267, 268 et 460 à 476 ; qu'il suffit de rappeler et d'observer qu'il est fait grief aux requérantes de s'être concertées pour fausser le déroulement de l'appel d'offres lancé par Air France 2002 ; que le courrier coté 384 est ainsi rédigé : "l'information que j'ai est que la profession maintient son offre initiale sur AG (Arab Gulf) mais ajoute un "add on" qui serait retiré dans le cas où les importations reviendraient dans la zone AG. Notre intention est de procéder de la même manière..." ; que la Décision établit à suffisance que le terme "profession" désigne les compagnies pétrolières et que les informations mentionnées par Total ne lui avaient pas été communiquées par Air France ; que les termes de ce courrier ont à juste titre été retenus par la Décision (n° 339 à 341) comme révélateurs de l'existence d'échanges d'informations entre les compagnies pétrolières au sujet de la méthode appliquée pour prendre en compte un éventuel changement d'index de cotation de nature à perturber le déroulement de l'appel d'offres en cours, et montrant que les entreprises en cause ne déterminaient pas leur comportement sur le marché de manière autonome, peu important à cet égard que l'information du 17 octobre 2002 se révèle par la suite partiellement erronée ; qu'enfin, ce document régulièrement saisi peut, bien qu'il s'agisse d'un document interne à Total, être opposé aux autres compagnies pétrolières, dont la société Chevron, mentionnée sous le terme "profession" et être utilisé comme élément de preuve ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'un échange d'informations entre les compagnies

pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ; qu'en troisième lieu, s'agissant du document coté 3151, il est soutenu qu'il ne contient que des informations, inexactes, internes à Shell et non susceptibles d'être utilisées par les compagnies pour élaborer leurs offres, qu'il montre l'incertitude de Shell quant au comportement des concurrents ; que le document coté 3151 est composé de courriers électroniques échangés entre Mme Mina H (Shell Trading) et M. François 1 (salarié de Shell aviation, interlocuteur d'Air France pour l'appel d'offres) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause ; qu'il est exactement décrit et analysé aux paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 de la Décision ; que dans son premier message, Mme Mina H précise à son correspondant : "L'approvisionnement pour Shell est actuellement en 60/40 Caltex Bahain/MOPAG. Après avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène, tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon)" ; qu'il ne peut être contesté que ce message relate ainsi des échanges d'informations entre les compagnies Total, Chevron et Exxon sur les prix d'approvisionnement ; que c'est par des motifs pertinents et non utilement contestés que la Décision a écarté les argumentations reprises par les requérantes devant la cour (Décision n° 345 à 382) ; qu'il suffit d'observer que les parties ne peuvent prétendre que les échanges d'informations, entre deux tours de l'appel d'offres en cause, sur les prix de transferts ne portaient pas sur des informations sensibles et utiles pour le déroulement de l'appel d'offres ; que le Conseil était fondé à retenir ce document, qui conforte le précédent, comme constituant un indice matériel de la concertation reprochée aux requérantes ; qu'enfin, les sociétés Shell, Chevron et Esso maintiennent devant la cour qu'un courriel interne à Shell, daté du 28 septembre 2002 (cote 2992) contredit la thèse d'une collusion entre les compagnies pétrolières en ce qu'il montre l'incertitude dans laquelle se trouvait le négociateur de Shell deux jours avant la date limite du dépôt des offres (Cf Décision n° 484 à 486) ; que (cependant), si c'est à tort que la Décision mentionne ce document comme daté du 27 septembre 2002 au lieu du 28 septembre 2002, il n'en demeure pas moins qu'aucune compagnie n'avait à cette date déposé d'offre ; qu'il n'est, en effet, pas contesté que les quatre compagnies pétrolières ont déposé leurs offres le 30 septembre 2002 à quelques heures de la clôture du premier tour ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision, un accord sur une limitation de volumes ne nécessite pas d'être arrêté dans ses moindres détails pour produire ses effets ; que ce dernier élément n'est pas de nature à atténuer la force probante résultant du rapprochement des trois documents sus-rappelés qui constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations clés entre les entreprises avant et pendant l'appel d'offres incompatibles avec une détermination autonome par chaque entreprise de la politique qu'elle entendait suivre lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ;

QUE sur les indices tirés de la similitude des comportements des entreprises, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision

établit une similitude sans précédent des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002, similitude ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier les offres en volume pendant tout l'appel d'offre ; que le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, précisément décrit aux n° 108 à 115 de la Décision, fait apparaître que le résultat de l'appel d'offres correspond à une hausse de près de 30 % du "différentiel" (prix fixe qui rémunère l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution) et intègre la marge commerciale) par rapport à l'année précédente, hausse qui intervient l'année où, pour la première fois, l'addition des parts de marché offertes par les pétroliers correspond à 100 % des besoins d'Air France ; que d'une part, les contestations des requérantes relatives à la rigidité des volumes ne peuvent, au vu des constatations figurant aux n° 397 à 408 de la Décision, et plus particulièrement au n° 397, être retenues ; qu'en effet, malgré le risque d'exclusion du marché, risque résultant de la nature même de la procédure mise en place par Air France (Cf Décision n° 46 et suivants, 219 et 220), chaque compagnie a choisi, lors de l'appel d'offres de 2002, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à présenter, contrairement aux années précédentes, des offres rigides sans options de volume ou de durée et ne pas modifier les volumes respectivement offerts au cours de l'appel d'offres et donc à restreindre les parts de marché et exclure des possibilités de négociation sur les prix ; que les compagnies pétrolières ne pouvaient anticiper une telle absence générale de flexibilité des volumes, d'autant plus anormale que l'arrivée d'un quatrième offreur en 2002 (à savoir Total qui avait été exclu en 2001) aurait dû conduire à une intensification de la concurrence (Décision n° 99, 102, 405 à 407) ; que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'une telle rigidité résulte de la poursuite d'intérêts propres à chacune d'entre elles ne résistent pas à l'analyse ; qu'en particulier, la volonté invoquée de réduire les volumes afin de diversifier la clientèle est contredite par le fait qu'Air France constituait, pour les pétroliers, un débouché après la faillite des compagnies aériennes AOM et Air Lib (Cf Décision n° 442 à 451) ; que c'est par des motifs que la cour adopte que la Décision écarte l'argumentation des requérantes selon laquelle leur expérience leur aurait permis d'anticiper le comportement de leurs concurrents (Cf notamment n° 361, 424, 426, 458 sur le comportement de Shell, n° 73, 80, 100 et 459 sur celui de Chevron et n° 102, 295 à 298, 302 et 407 s'agissant de Total) ; qu'en outre, il ne peut être soutenu que la circonstance que le total des offres des requérantes couvrait 100 % des besoins d'Air France est probable et explicable par un comportement individuel rationnel alors que, même en admettant les calculs de probabilités soumis par Total bien qu'ils reposent sur des hypothèses discutables, il n'existe qu'une chance sur 20 que le total des offres soit exactement égal à 100 % et qu'en outre, la Décision écarte exactement les explications des autres requérantes (n° 474 à 479) ; qu'enfin, l'argumentation

des parties tirée du comportement d'Air France lors de l'appel d'offres doit être écartée en raison des développements qui précèdent sur ce point et par référence aux motifs de la Décision (n° 267, 268, 460 à 473 et 476) ; que d'autre part, les contestations des requérantes relatives à la hausse simultanée et sensible des prix offerts en 2002 par rapport à ceux de 2001, ne peuvent au vu des constatations de la Décision figurant aux n° 409 à 413, être retenues et ce, que la comparaison porte sur les offres du premier tour de 2002 avec les résultats de l'appel d'offres de 2001 (ou le dernier proposé par l'offreur non retenu en 2001) ou bien que la comparaison soit effectuée, comme l'entendent les requérantes, entre les offres du premier tour de 2002 et celles du premier tour de 2001 ; que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'elle résulte d'une stratégie propre à chacune d'entre elles ont été écartées par la Décision par des motifs qui ne sont pas utilement contredits et que la cour adopte (n° 414 à 441) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision a établi une concertation anticoncurrentielle entre les compagnies pétrolières lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ; que la preuve d'une telle concertation résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, indices constitués des éléments matériels sus-rappelés qui sont confortés et éclairés par les indices tirés des comportements sus-analysés qu'ont eu les entreprises et qui sont dépourvus de toute logique extérieure à l'entente ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE sur l'imputabilité des pratiques à la société Total Outre-Mer, la société Total Outre-Mer demande à la cour de constater qu'elle n'est jamais intervenue dans les négociations avec Air France, qu'elle n'a jamais exercé aucune activité de fourniture de carburéacteur aux compagnies aériennes à la Réunion et de dire et juger qu'il n'existe aucune preuve de sa participation à une quelconque concertation avec les sociétés sanctionnées par la Décision au cours des négociations menées avec Air France en 2002 concernant la fourniture du carburéacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion, sachant que Total Outre-Mer n'a pas fourni de carburéacteur à Air France ; que les éléments du dossier (Cf Décision n° 312 à 341) établissent la participation de la société Total Outre-Mer dans le déroulement de l'appel d'offres, cette société ayant notamment servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres par Total Réunion ; que le Conseil était fondé à estimer que la responsabilité de la société TOM devait être retenue concomitamment à celle de Total Réunion et à répartir entre elles la sanction infligée au groupe Total (Cf Décision n° 499 à 502 et 528) ;

1°) ALORS QU'une entreprise qui n'a pas soumissionné ne peut pas se voir reprocher d'avoir participé à une entente concernant un appel d'offres ; qu'en condamnant la société Total Outre Mer du chef d'entente pour avoir « servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres par Total Réunion », ce dont il résulte que

la société Total Outre Mer n'a, en tout état de cause jamais déposé d'offre en son nom, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

2°) ALORS QUE une entité qui n'est pas l'auteur d'une infraction ne peut être sanctionnée pour celle-ci, que si l'entité ayant commis l'infraction a cessé d'exister juridiquement, ou si le comportement anticoncurrentiel d'une entreprise peut être imputé à une autre lorsque la première n'a pas déterminé son comportement sur le marché de façon autonome, mais a appliqué pour l'essentiel les directives émises par la seconde, eu égard en particulier aux liens économiques et juridiques qui les unissaient ; qu'en se bornant à retenir que la responsabilité de la société Total Outre Mer devait être retenue concomitamment à celle de Total Réunion, pour avoir « servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres par Total Réunion » sans établir que la société Total Outre Mer avait été la société mère de la société Total Réunion, et que la société Total Réunion n'avait pas été libre de ses choix, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE la participation d'une entreprise à une entente globale impliquant d'autres entreprises que celles avec laquelle elle s'est directement concertée, n'est établie que s'il est démontré que l'entreprise en cause a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en oeuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque ; qu'en reprochant à la société Total Outre Mer d'avoir fourni des informations à la société Total Réunion après avoir constaté que la courriel interne du 17 octobre 2002, relate une conversation entre Mme Daisy A (Total Outre-Mer) et M. Joël G non pas de la société Total Réunion mais de la société Total Trading relative à une méthode de calcul de la structure de coûts et de renseignements obtenus par Mme Daisy, la cour de renvoi qui n'a pas caractérisé d'échanges d'information entre les sociétés Total Outre Mer et Total Réunion, a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en se fondant notamment sur un courriel du 17 octobre 2002 adressé par la société Total Outre Mer à la société Total Trading pour décider que la société Total Outre Mer aurait, avec la société Total Réunion participé à une entente, tout en constatant que les informations transmises étaient partiellement erronées, ce dont il résulte que la prétendue concertation n'a pas été suivie d'effet, la cour de renvoi a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en reprochant à la société Total Outre Mer d'avoir favorisé la participation de la société Total Réunion à une concertation avant le premier tour de l'appel d'offres fixé au 30 septembre 2002, tout en constatant que les courriels internes des groupes Shell et Total censés établir cette concertation étaient datés du 17 octobre 2002 soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause, la cour de renvoi a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE seuls sont prohibés les échanges d'informations entre entreprises concurrentes en vue de fausser le libre jeu de la concurrence ; qu'en considérant que la procédure sui generis improprement qualifiée « d'appel d'offre » mise en oeuvre à la discrétion de la société Air France constituait à tout le moins un appel à la concurrence, tout en admettant qu'il n'était pas exclu « qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ce dont il résulte que la société Air France elle-même ne respectait pas les conditions concurrentielles qu'elle prétendait avoir édictées », la cour de renvoi a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

(sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Réunion dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE (...) aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce : "Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante." (...)

QUE les sociétés du groupe Total soutiennent que les sanctions de 5,5 millions euros (Total Réunion) et de 4,4 millions euros (Total Outre-mer) prononcées à leur encontre sont disproportionnées ; qu'elles font valoir : - sur la gravité des pratiques : que celles-ci concernent un marché local et restreint et ont été d'une durée limitée à un an ; que Total Réunion ajoute qu'il n'a pas tenu compte du fait qu'elle n'a obtenu que 13 % du marché ; - sur le dommage à l'économie: que l'analyse ne peut être menée comme s'il s'agissait d'une procédure d'appel d'offres ; que les pratiques ne concernent que la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion et la concurrence ne s'exerce que sur le différentiel ; que la Décision omet de prendre en compte la spécificité de ce marché et la puissance d'achat des compagnies aériennes dont Air France qui procède parfois par offres couplées sur plusieurs escales ; qu'il n'est pas démontré qu'Air France aurait subi ou répercuté un éventuel surcoût dans le prix des billets d'avion ; que la société Total Réunion conteste la majoration de la sanction retenue par la Décision pour réitération, exposant que les pratiques visées par la décision du Conseil du 19 octobre 1993 sont différentes et anciennes ; qu'elle ajoute que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation sur la proportionnalité de la sanction et ce, au regard de son chiffre d'affaires et du faible volume de carburéacteur vendu à Air France en 2002 par rapport aux autres entreprises sanctionnées, et au regard de la valeur des ventes affectées qu'elle a réalisées qui aurait dû conduire à lui appliquer, par application du Communiqué sur les sanctions, une sanction très inférieure ; que, selon la société Total Outre-mer, les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil reviennent à sanctionner deux fois les pratiques commises par Total Réunion dès lors qu'elle-même n'est pas intervenue dans les négociations avec Air France et n'a pas fourni de carburant ; que cette société ajoute que la sanction est disproportionnée au regard de la valeur des ventes affectées (...)

QUE sur la gravité des pratiques, contrairement à ce qui est soutenu, les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un sur-profit sont, par nature, des infractions particulièrement graves ; que l'OCDE les qualifie d'ententes "injustifiables" ; que l'entente en cause est de cette nature ; que la Décision rappelle à juste titre que la gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence ; que la pratique en cause tend à tromper la société Air France, acheteur, sur la réalité et les effets de la concurrence entre les entreprises mises en concurrence ; qu'elle revêt de ce fait, par sa nature même, un caractère de gravité qui n'est pas atténué par le fait qu'ainsi qu'il a été dit, le marché en cause est un appel d'offres privé ; qu'il ne peut, au vu des faits exposés aux numéros 105 à 115 de la Décision, être soutenu qu'un certain niveau de concurrence a subsisté malgré les pratiques mises en oeuvre par les requérantes alors que celles-ci ont, de concert, offert au

premier tour des quantités dont le total correspondait exactement aux besoins d'Air France et ont, lors des tours suivants, peu modifié leurs offres en volumes et en prix, contraignant Air France à accepter des propositions comportant en 2002 une hausse du différentiel de prêt de 30 % par rapport à l'année précédente ; que sont impliquées dans cette entente des entreprises appartenant à des groupes mondiaux ; que l'entente concerne toutes les entreprises mises en concurrence par Air France, étant rappelé que, pour les vols directs de grandes distances à partir de la Réunion, les compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs qu'à cette escale ; qu'en outre, si la pratique revêt un caractère instantané en ce qu'elle a été mise en oeuvre à l'occasion de l'appel d'offres de 2002, ses effets se sont continués dans le temps durant toute l'année 2002-2003 durant laquelle ont été exécutés les contrats résultant de cet appel d'offres ; qu'enfin, les critiques des requérantes quant à l'absence de prise en compte de la taille des marchés affectés par les pratiques seront examinées au titre du dommage causé à l'économie et l'argument de la société Total Réunion relatif à sa part dans le marché concerné au titre de l'individualisation de la sanction ; qu'il résulte de ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à contester l'appréciation par la Décision de la gravité particulière de l'entente en cause ;

QUE sur le dommage à l'économie, l'Autorité rappelle exactement qu'il doit être procédé à l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage à l'économie en tenant compte de tous les aspects de la perturbation générale apporté au fonctionnement normal et concurrentiel des marchés par la pratique en cause ; que le dommage causé à l'économie ne se limite pas aux préjudices qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction ou aux sur-profits qu'ont pu réaliser ses auteurs ; que sont par conséquent inopérants les arguments des parties tendant à soutenir que le dommage causé à l'économie serait en l'espèce nul ou à tout le moins limité au sur-profit réalisé par les compagnies pétrolières du fait de l'augmentation du différentiel ou au surcoût payé par Air France ; qu'en outre, la Décision n'a pas présumé le dommage (n° 516 à 523) et a, contrairement à ce qui est soutenu, tenu compte notamment de la taille des marchés affectés par la pratique en cause ; que la Décision relève, en effet, pour apprécier le dommage à l'économie, que l'ordre de grandeur du marché de fourniture de carburéacteur à Air France sur l'escale de la Réunion représente un coût pour l'acheteur de l'ordre de 23 millions euros et que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représente le tiers environ de cette somme (n° 519) ; qu'en outre, s'agissant du marché connexe du transport aérien de voyageurs entre la Réunion et la métropole, dès lors que le prix du kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur ; que c'est également à juste titre que, pour apprécier le dommage en l'espèce causé à l'économie, la Décision tient aussi compte d'une part du fait que l'entente a été organisée par des compagnies pétrolières appartenant à des groupes mondiaux,

"majors du secteur", qui avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché, et a ainsi causé un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs, d'autre part, du fait que, sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux, prix du kérosène qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'en outre, la demande émane sur l'île de la Réunion d'une clientèle captive car les compagnies aériennes ne peuvent s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion et auprès des compagnies pétrolières membres des GIE dont l'existence constitue, au moins à court terme, une barrière à l'entrée du marché (n° 221 à 227) et enfin du fait que si le dommage est élevé sur les marchés locaux au regard de l'importance du transport aérien pour l'île de la Réunion, il reste limité au regard de la taille des entreprises mises en cause ; qu'enfin, si les requérantes sont fondées à soutenir non établi le fait que l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de la Réunion serait potentiellement affecté, cette circonstance n'est pas, compte tenu des éléments sus-mentionnés, de nature à remettre en cause l'appréciation par la Décision de l'importance du dommage à l'économie ; que le dommage causé à l'économie a, contrairement à ce qui est soutenu, été exactement apprécié par la Décision (...)

QUE sur le montant des sanctions, la Décision retient avec justesse que si les entreprises en cause portent chacune une responsabilité identique dans la mise en oeuvre de l'entente dont chacune avait la puissance suffisante pour se désolidariser, le profit qu'elles en ont respectivement tiré est proportionnel à la part de marché obtenue, à savoir 13 % pour les sociétés du groupe Total, 25 % pour le groupe Chevron, 30 % pour le groupe Shell et 32 % pour le groupe Exxon ; que ni les montants des chiffres d'affaires des groupes en cause en 2007, qui constituent le plafond légal des sanctions respectivement encourues, ni ceux des chiffres d'affaires respectifs en 2007 des sociétés sanctionnées ne sont pas contestés ; qu'il est sur ces points fait référence à la Décision, n° 525 à 536 ; que les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce n'imposant pas une assiette de sanction, les requérantes ne sont pas fondées à critiquer la Décision en ce qu'elle a calculé les sanctions à partir du chiffre d'affaires global réalisé par chacune des entreprises mises en cause au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2007 et non à partir de la valeur des ventes affectées, étant vérifié que le montant des sanctions ne dépasse pas pour chacune d'elle le plafond légal ; que les requérantes ne peuvent se prévaloir du communiqué de procédure du 16 mai 2011 de l'ADLC "relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires" qui est postérieur à la Décision ; que ce n'est donc qu'au surplus qu'il est observé que ledit communiqué confirme que la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique des pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre à l'occasion d'un appel d'offres et du poids relatif des entreprises qui y prennent part ; qu'enfin, ainsi qu'il a été vu ci-dessus, la société Total Outre-mer ne peut

soutenir que les sanctions prononcées reviennent à sanctionner deux fois des pratiques commises par la société Total Réunion ; que les développements qui précèdent conduisent la cour à considérer que c'est à tort que les requérantes soutiennent que le Conseil n'aurait pas proportionné les sanctions à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation des groupes auxquels appartiennent les entreprises et, s'agissant de Total Réunion, à la réitération de pratiques anticoncurrentielles et contestent le montant des sanctions déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée, de façon motivée ; qu'il en résulte que les demandes des parties tendant au remboursement des sommes versées au titre des sanctions et des frais de publication de la Décision doivent être écartées ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les recours doivent être rejetés ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE même à supposer établis les faits, invoqués par les requérantes, qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ces faits ne seraient pas de nature à remettre en cause les constatations de la Décision relatives à l'organisation des appels d'offres d'Air France ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE sur l'imputabilité des pratiques à la société Total Outre-Mer, la société Total Outre-Mer demande à la cour de constater qu'elle n'est jamais intervenue dans les négociations avec Air France, qu'elle n'a jamais exercé aucune activité de fourniture de carburéacteur aux compagnies aériennes à la Réunion et de dire et juger qu'il n'existe aucune preuve de sa participation à une quelconque concertation avec les sociétés sanctionnées par la Décision au cours des négociations menées avec Air France en 2002 concernant la fourniture du carburéacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion, sachant que Total Outre-Mer n'a pas fourni de carburéacteur à Air France ; que les éléments du dossier (Cf Décision n° 312 à 341) établissent la participation de la société Total Outre-Mer dans le déroulement de l'appel d'offres, cette société ayant notamment servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres par Total Réunion ; que le Conseil était fondé à estimer que la responsabilité de la société TOM devait être retenue concomitamment à celle de Total Réunion et à répartir entre elles la sanction infligée au groupe Total (Cf Décision n° 499 à 502 et 528) ;

1°) ALORS QUE l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète tenant notamment compte des facteurs d'aggravation et d'atténuation de la pratique incriminée ; qu'en affirmant péremptoirement que « les ententes horizontales aux fins de se répartir un

marché et d'y réaliser un sur-profit sont, par nature, des infractions particulièrement graves, que l'OCDE les qualifie d'ententes "injustifiables" (et que l'entente en cause est de cette nature », la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE le dommage à l'économie n'est suffisamment déterminé que si les estimations du Conseil de la concurrence du prix payé par les clients sont fondées sur une méthode scientifiquement reconnue ; qu'en décidant que le Conseil de la concurrence avait suffisamment évalué le dommage à l'économie, bien que sa motivation générale et abstraite ne reposait sur aucune méthode scientifiquement reconnue, la cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en considérant, pour évaluer le dommage à l'économie que la société Air France était en situation de demandeur captif sur le marché du carburéacteur de la Réunion, après avoir admis « qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleurs conditions sur une autre escale, ce dont il résulte que la société Air France disposait d'une marge de négociation importante avec les compagnies pétrolières, la cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'une entreprise qui n'a pas soumissionné ne peut pas se voir reprocher d'avoir participé à une entente concernant un appel d'offres ; qu'en condamnant la société Total Outre Mer du chef d'entente pour avoir « servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres par Total Réunion, ce dont il résulte que la société Total Outre Mer n'a, en tout état de cause jamais déposé d'offre en son nom, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Total Réunion, demanderesse au pourvoi n° S 13-16.765

PREMIER MOYEN DE CASSATION

(sur la recevabilité de l'intervention de la société Air France)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Réunion dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur la recevabilité de l'intervention de la société Air France (...), aux termes de l'article R. 464-17 du code de commerce : "Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article R. 464-12 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14." ; qu'en l'espèce, à la suite des recours déposés les 11 et 12 janvier 2009 contre la Décision par les sociétés requérantes - qui ont, dans les cinq jours suivant le dépôt de leur déclaration de recours, adressé à la société Air France copie de cette déclaration conformément aux dispositions de l'article R. 464-14 du même code, la société Air France s'est jointe à l'instance par déclaration déposée au greffe de la cour d'appel le 12 février 2009 ; que, contrairement à ce que soutient cette société, son intervention ne peut être qualifiée d'intervention volontaire accessoire au sens de l'article 330 du code de procédure civile ; qu'il s'agit d'une intervention volontaire par jonction à l'instance au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce formée par une société qui était partie en cause devant le Conseil qu'elle avait elle-même saisi en invoquant des pratiques anticoncurrentielles reprochées aux compagnies pétrolières ; que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et énonce l'objet de son intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; que cette déclaration d'intervention est ainsi motivée : "le conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que l'intervenante, qui a fait référence à la décision du Conseil dont la motivation était connue de toutes les requérantes, a ainsi précisé approuver tant en fait qu'en droit la motivation de cette décision ; qu'il ne peut être soutenu que sa déclaration d'intervention n'était pas motivée au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce ; qu'il en résulte que la réserve de l'intervenante relative à la précision ultérieure de "moyens à l'appui de son intervention" ne peut être interprétée comme une référence à l'article R. 464-12, 2° du code de commerce qui ne trouve application que lorsque la déclaration ne comporte

pas les motifs de l'intervention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que cette réserve ne peut être comprise que comme l'indication que l'intervenante entendait conclure à nouveau et ce, au surplus, d'autant plus que les délais dans lesquels les entreprises sanctionnées ayant formé un recours contre la décision du Conseil devaient exposer leurs moyens n'étaient pas expirés à la date de l'intervention ; que l'intervention de la société Air France est par conséquent recevable ; (...)

ALORS QUE les règles du code de procédure civile ne s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence qu'en l'absence de dispositions expresses contraires du code de commerce ; que par dérogation à l'article 954 alinéa 4 du code de procédure civile, il résulte expressément de la combinaison des articles R. 464-12 2° et R. 464-17 du code de commerce dans leurs rédactions applicables en la cause que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant le Conseil, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; qu'en décidant que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comportant l'identification de l'intervenante et précisant seulement qu'elle entend solliciter la confirmation de la décision du conseil de la concurrence dont elle approuve les motifs et dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges, était suffisamment motivée, la cour d'appel qui a implicitement appliqué la règle de procédure civile selon laquelle la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens demande la confirmation du jugement, est réputée s'en approprier les motifs malgré les dispositions spéciales du code de commerce exigeant que la déclaration d'intervention soit elle-même écrite et spécialement motivée dans un délai précis à peine de nullité, ce qui excluait toute motivation par simple référence approbative à la décision déférée, a violé les textes susvisés ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'application du droit communautaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Réunion dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence.

AUX MOTIFS QUE (...) sur l'application du droit de l'Union, (...) aux termes de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE : "Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet

d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun." ; que le critère d'affectation du commerce, qui conditionne l'application de ce texte, a été explicité par les juridictions communautaires ; que les "lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité", ci-après les lignes directrices ou LD (Communication de la Commission 2004/C 101/07, JOUE du 27 avril 2004) ont notamment pour objet d'exposer les principes dégagés jusqu'à cette date par lesdites juridictions, étant rappelé que ces LD (n° 4 et 16) n'abordent pas la question de "ce qui constitue une restriction sensible du jeu de la concurrence" (traitée par la Communication concernant les accords d'importance mineure) qui est une question "distincte de la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres" ; que les LD présentent, pour l'application de la notion d'affectation du commerce, une "méthodologie à laquelle s'est à juste titre référée la Décision ; qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu'"amicus curiae" à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) discuté par les requérantes ; qu'il doit également être rappelé que "le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas" ; qu'il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence qui n'est pas applicable aux accords et pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres (lignes directrices n° 12) ; qu'il en résulte que l'analyse ne peut être menée par analogie avec d'autres décisions rendues dans des situations qui ne sont pas en tous points analogues ; que les lignes directrices (n° 18) précisent que "l'application du critère de l'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments a) la notion de "commerce entre Etats membres", b) la notion de "susceptible d'affecter", c) la notion de caractère sensible" ; que cette approche est suivie par les parties ; que s'agissant, en premier lieu, de "la notion de "commerce entre Etats membres"", il est fait référence à la jurisprudence exposée aux n° 19 à 22 des lignes directrices ainsi rédigés : "19. La notion de « commerce » n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement. Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. "20. D'après une jurisprudence constante, la notion de « commerce » englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence. Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette

entreprise. "21. La condition de l'existence d'une affectation du commerce « entre Etats membres » suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux Etats membres. Il n'est cependant pas indispensable que l'accord ou la pratique affectent le commerce entre l'ensemble d'un Etat membre et l'ensemble d'un autre Etat membre. En effet, les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un Etat membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible. "22. L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational." ; que la notion de commerce ainsi définie vise les échanges de produits et ceux de services ; que sont, en l'espèce, concernés tant les échanges concernant le carburéacteur que ceux, connexes auxquels ces échanges sont destinés, à savoir les services de transports aériens ; que la Décision retient exactement qu'en l'espèce, les échanges entre Etats membres concernent non seulement le marché direct de la vente de carburéacteur dont le fonctionnement est décrit par la Décision (n° 29 et suivants) ; que les offreurs sur les marchés sur appel d'offres organisés par Air France pour son escale de la Réunion sont des entreprises internationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de l'Union dont la France et le Royaume-Uni, étant observé que sur l'appel d'offres de 2002 en cause, trois des entreprises qui ont soumissionné avaient leur siège à Londres ou dans sa proche banlieue ; qu'en outre, l'achat du carburéacteur fourni sur l'île de la Réunion est, selon un accord entre les pétroliers, effectué à tour de rôle par la société de "trading" d'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies (Décision n° 33) dont trois sont établies au Royaume-Uni ; - mais aussi le marché connexe du transport de passagers entre la Réunion et la métropole, étant observé que la Réunion est une destination touristique et que les liaisons aériennes avec l'île se faisant à partir de la France continentale sont susceptibles d'être utilisées par des voyageurs en provenance ou à destination de tout Etat membre de l'Union européenne, peu important à cet égard que les passagers en provenance et à destination d'un Etat membre autre que la France soient, de fait, très minoritaires ; que c'est, au vu de ces éléments, à juste titre que la Décision retient qu'il existe des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés par la pratique, peu important que le carburéacteur servant à l'avitaillement des avions Air France ait initialement été acquis par les compagnies pétrolières en cause auprès de pays tiers à l'Union européenne ;

QUE s'agissant, en deuxième lieu, de "la notion de "susceptible d'affecter" qui a pour rôle de "définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre Etats membres, il est fait référence aux numéros 23 à 43 des lignes directrices qui présentent une synthèse de la jurisprudence communautaire ainsi qu'aux illustrations de la section 3 des mêmes LD, étant rappelé que dans ces lignes directrices, le terme "produits" désigne les produits et les

services (note 10) ; qu'il en résulte notamment : - que cette notion "suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres" (n° 23) ; - "qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre Etats membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est « de nature » à affecter le commerce entre Etats membres" ; qu'il n'y a ni obligation ni nécessité de calculer le volume réel du commerce intracommunautaire affecté par l'accord (n° 26 et 27) ; - que "l'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause (n° 28) ; - que "l'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre États membres peut être "directe ou indirecte, actuelle ou potentielle (n° 36) ; que l'influence directe est normalement en rapport avec les produits concernés par l'accord (n° 37) et qu'il n'est pas rare que l'influence indirecte soit en rapport avec des produits apparentés à ceux concernés par l'accord, mais peut être en rapport avec ces produits (n° 38 et 39) ; que ce qui compte, c'est la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre Etats membres et non de savoir si, à un moment donné, ils l'affectent réellement ; que l'intégration de l'influence indirecte ou potentielle dans l'analyse de l'affectation du commerce entre Etats membres ne signifie nullement que cette analyse peut reposer sur une influence éloignée ou hypothétique (n° 42 et 43) ; Considérant que, si ainsi que le soulignent les requérantes, l'île de la Réunion ne représente qu'une partie du territoire national, l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision (n° 175), "il n'existe pas de seuil quantitatif a priori permettant de déclarer que le commerce intracommunautaire n'est pas susceptible d'être affecté" ; que les entreprises auxquelles il est reproché de s'être concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour la fourniture en carburéacteur de son escale à la Réunion, sont des filiales de groupes pétroliers mondiaux et possèdent des établissements dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne ; que le carburéacteur ainsi vendu à Air France est préalablement acquis à tour de rôle par la société de "trading" d'une des mêmes entreprises ; qu'il est inopérant pour les requérantes d'invoquer la provenance géographique du carburéacteur qu'elles ont vendu à Air France après l'avoir, pour certaines, acquis sur un territoire de l'Union européenne (Cf Décision n° 33) ; que la pratique reprochée aux requérantes est une entente horizontale de répartition de marché entre tous les participants à un appel d'offres annuel ; qu'un tel accord aux fins de se

répartir un marché et d'y réaliser un profit affecte la structure même de la concurrence ; que si, ainsi que soutient la société Esso, aucune autre entreprise pétrolière n'avait, à l'époque des faits, manifesté la volonté de s'implanter sur l'île de la Réunion pour servir la demande des compagnies aériennes, il n'en demeure pas moins que l'entente en cause était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion, marché qui, ainsi que le rappelle la Décision (n° 37 à 42) s'était déjà jusqu'en 2001 ouvert à d'autres entreprises ; qu'il n'est pas sérieusement contestable que le coût du carburéacteur constitue une composante significative du prix de vente d'un billet d'avion et qu'une variation du prix du carburéacteur, produit concerné par l'entente incriminée, est donc susceptible d'avoir une incidence directe sur le prix du billet d'avion acquitté par les passagers et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de vols "longs courriers" ; que sont concernés tous les passagers Air France qui font un aller-retour entre la Réunion et Paris ou, via Paris, entre la Réunion et un autre pays de l'Union ; qu'ainsi, l'entente reprochée, qui affecte directement le prix du carburéacteur vendu à Air France à la Réunion et donc celui du billet d'avion, est indirectement susceptible d'avoir une incidence sur les activités transfrontalières de la société Air France qui, de la Réunion à ou via Paris, permet le transport de passagers européens, français ou non (et provenant ou retournant de ou sur l'ensemble du territoire français ou, via ce territoire, de ou sur celui d'autres Etats membres) ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'influence de la pratique en cause sur les courants d'échanges entre Etats membres n'apparaît ni hypothétique, ni spéculative (Cf LD n° 43) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les requérantes ne sont pas fondées à reprocher à la Décision d'avoir retenu que l'accord en cause avait la capacité d'affecter le commerce entre Etats membres ;

QUE s'agissant, en troisième lieu, de "la notion de "caractère sensible"", il est fait référence aux lignes directrices en ce qu'elles rappellent la jurisprudence communautaire (notamment LD n° 44 à 57 et n° 89 à 92), aux observations d'"amicus curiae" sus-visées et à la jurisprudence de la Cour de cassation discutée par les parties : Com. 1^{er} mars 2011 intervenu dans la présente affaire et Com. 31 janvier 2012 sus-visé ; que les Lignes directrices, dans la section 2, explicitent "la notion de caractère sensible" en ces termes : "44. Le critère de l'affectation du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit communautaire aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur. Les accords et pratiques échappent à l'interdiction énoncée aux articles 81 et 82 lorsqu'ils n'affectent le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause... Le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause... "45. L'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou

de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause. Si les accords ou les pratiques sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, le seuil du caractère sensible est inférieur à celui des accords et pratiques qui ne sont pas, par leur nature même, susceptibles d'affecter ce commerce. Plus la position de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres pourra être considéré comme le faisant de façon sensible..." que, s'agissant des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, les Lignes directrices invoquées par les parties sont ainsi rédigées : "89. Sur le plan qualitatif, la méthode d'appréciation des accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre est la même que pour les accords couvrant l'ensemble d'un Etat membre. Autrement dit, l'analyse décrite à la section 2 s'applique. En revanche, dans l'appréciation du caractère sensible, il convient d'établir une distinction entre ces deux catégories pour tenir compte du fait que seule une partie d'un Etat membre est concernée par l'accord. Il faut en outre considérer la partie du territoire national qui est sensible au commerce. Si, par exemple, les frais de transport ou le rayon d'action du matériel font qu'il n'est guère rentable économiquement pour les entreprises d'autres Etats membres de desservir l'ensemble du territoire d'un autre Etat membre, le commerce est susceptible d'être affecté dès lors que l'accord interdit l'accès à la partie du territoire d'un Etat membre qui est sensible au commerce, pour autant que cette partie ne soit pas négligeable..." "90. Si un accord interdit l'accès à un marché régional, le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible. Cette appréciation ne saurait reposer sur la seule couverture géographique : il faut aussi accorder un certain poids à la part de marché des parties à l'accord. Même si les parties détiennent une forte part d'un marché régional parfaitement défini, la taille de ce marché en termes de volume peut encore être insignifiant par rapport aux ventes totales des produits en cause dans l'Etat membre en cause. C'est pourquoi il est généralement considéré que le meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter (sensiblement) le commerce entre Etats membres est la part du marché national en volume à laquelle l'accès est interdit. Par conséquent, les accords couvrant des régions présentant une forte concentration de la demande auront plus de poids que les accords couvrant des régions où la demande est moins concentrée. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être importante." "91. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière." "92. Pour les cas de cette catégorie, on pourra trouver certaines orientations dans la jurisprudence relative à la notion, dans l'article 82, de partie substantielle du marché commun... Les accords qui, par

exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres Etats membres d'avoir accès à une partie d'un Etat membre constituant une partie substantielle du marché commun devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre États membres.

QUE la Commission européenne a souhaité, dans l'affaire précitée ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2012 (B. 16), présenter devant la Cour de cassation, saisie de pourvois contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, des observations en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ; que la Commission a indiqué (Cf ses observations n° 8, 14 et 16 notamment) que les raisons de son assistance en tant qu'*amicus curiae* tenaient au fait : - que l'arrêt de la cour d'appel du 23 septembre 2010 - qui avait "appliqué, sans le citer, le test du paragraphe 90 des Lignes directrices" (à savoir, un volume des ventes affecté significatif par rapport au volume des ventes globales des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre en cause) - avait fait une interprétation restrictive de la notion d'affectation sensible du commerce entre Etats membres ; - qu'elle considérait que par une telle interprétation restrictive, l'arrêt de la cour d'appel "s'écarte du droit de l'Union tel qu'il est interprété par les juridictions de l'Union et propose une interprétation erronée des Lignes directrices", - et qu'elle estimait qu'une telle interprétation "est de nature à mettre en péril la mise en oeuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE en France ainsi que l'application cohérente de ces textes dans les Etats membres et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence" ; que la Commission rappelle notamment que, "pour entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, il n'est pas exigé que les ententes visées aient affecté sensiblement les échanges communautaires. Il doit être établi que ces ententes sont de nature à avoir un tel effet" et explicite les points ci-dessus rappelés des Lignes directrices (en particulier LD n° 26 et 45) ; qu'elle précise notamment : - que "pour apprécier l'effet sensible, l'application du seul critère tiré du volume des ventes posé par le paragraphe 90 des Lignes directrices appliqué isolément ne saurait se substituer à une analyse de l'ensemble des circonstances de la cause. Il ressort en effet de la jurisprudence que l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants" ; - que "les Lignes directrices ne peuvent être interprétées comme permettant l'exclusion automatique et a priori du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit des dispositions pertinentes du Traité ; qu'à cet égard, il ressort également de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique décisionnelle de la Commission que des cas concernant des ports ou des aéroports peuvent avoir un effet sensible sur le commerce entre Etats membres" ; qu'au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence, il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du

commerce entre Etats membres et ce, que soit "en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012) ou "en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation prononcé le 1^{er} mars 2011 dans la présente affaire) ; que, contrairement à ce que soutiennent ou évoquent les parties, aucun élément ne permet de retenir que l'arrêt du 31 janvier 2012 établirait "un test nouveau combinant les deux méthodes classiques dont le test multicritère propre au cas d'abus de position dominante" (conclusions en réplique de Shell n° 67) ; que les parties (Cf notamment mémoire en réplique de Total Réunion n° 73 à 115) ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment qu'en matière d'entente sur une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres dépend de deux critères spécifiques qui seraient celui du ratio (Cf ci-dessus) et celui de l'éviction d'une partie substantielle du marché commun, critères qui ne seraient, ni l'un, ni l'autre remplis en l'espèce ; que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à Air France dit affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'ait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas "la capacité" d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres ; qu'en l'espèce, les compagnies pétrolières sont des entreprises de taille mondiale qui ont des activités dans l'Union européenne ; que les entreprises en cause sont, en effet, soit des "filiales aviation" de tels groupes pétroliers, soit leurs filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que le chiffre d'affaires cumulé des entreprises sanctionnées par la Décision s'élève, pour la seule vente de carburéacteur, à 16 milliards euros, se chiffrant selon les entreprises en millions ou en milliards euros ; qu'ainsi qu'il a été dit, l'entente reprochée à ces entreprises était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion ; qu'il est, en outre, observé que le marché du carburéacteur à la Réunion, représentant pour les années en cause un chiffre d'affaires d'environ 50 millions euros dont 22 millions pour le seul appel d'offres d'Air France, n'était pas insignifiant et pouvait donc être attractif ; qu'il s'agit d'un marché pérenne dès lors que, pour les vols directs pour la métropole qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autres possibilités pour les compagnies aériennes que de s'approvisionner en carburéacteur à la Réunion (Cf : sur l'approvisionnement : Décision n° 212 et suivants) ; que l'aéroport international de Saint-Denis de la Réunion ne peut être qualifié de petit aéroport alors qu'il n'est pas contesté qu'il s'agit du plus important aéroport français d'outre-mer avec un trafic de près de 1,5 million de passagers et de plus de 25 000 tonnes de fret pour les années en cause ; que si les parties ne sont pas contredites lorsqu'elles font état des caractéristiques géographiques et économiques de l'île de la Réunion (Cf ci-dessus), force

est de constater que la superficie de ce territoire est aussi, voir plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne ; qu'en outre, s'agissant d'une île très éloignée de la France métropolitaine et des autres territoires de l'Union, le transport aérien constitue un facteur de non-enclavement qui lui confère une importance spécifique, d'autant qu'il n'est contesté qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de vols pour les passagers vers d'autres destinations européennes que Paris ; que, dès lors, les vols La Réunion-Paris constituaient une escale vers les autres destinations européennes, peu important à cet égard la nationalité des passagers empruntant de fait ces vols longs courriers ; que la réunion de ces éléments qui, pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants, établit que l'entente reprochée aux requérantes était de nature à affecter sensiblement les échanges communautaires ; qu'il résulte de tout ce qui précède que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le droit de l'Union (article 101 du TFUE) est applicable en l'espèce ;

1°) ALORS QUE les communications de la Commission européenne et les observations présentées par celle-ci en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de toute valeur contraignante ; qu'en se fondant exclusivement sur la communication de la Commission du 27 avril 2004 définissant « les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité » et sur des observations présentées devant la Cour de cassation par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* dans une affaire distincte, pour en déduire que le droit de l'Union européenne était applicable au présent litige, la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE, ensemble l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ;

2°) ALORS QUE les observations présentées par la Commission européenne en application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 sont dépourvues de toute valeur contraignante ; qu'en affirmant « qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* » à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) », la cour de renvoi qui a expressément conféré une force obligatoire aux observations de la Commission adressées de surcroît dans un litige distinct en fait et en droit, a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE, ensemble l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ;

3°) ALORS QU'une entente n'est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres que si, eu égard aux caractéristiques du marché national en cause, il existe un degré suffisant de probabilité qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la vente du produit ou du service en cause dans l'Etat membre concerné par des opérateurs d'autres Etats membres ; qu'en tenant compte, pour apprécier la condition

d'affectation du commerce entre Etats membres des répercussions de la pratique non seulement sur le marché en cause du carburéacteur, mais aussi sur celui « du transport de passagers entre la Réunion et la métropole », la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE ;

4°) ALORS QUE l'application du droit communautaire de la concurrence ne dépend ni de la nationalité des parties à l'entente ni du lieu de leur siège social ; qu'en décidant le contraire, la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du TFUE ;

5°) ALORS QU'une décision, un accord ou une pratique n'est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres que si un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre Etats membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre Etats membres ; qu'en se bornant à considérer que cette condition était nécessairement remplie en matière de transport aérien entre un département d'outre-mer et la métropole d'un même Etat membre, la cour de renvoi qui n'a pas établi avec un degré de probabilité suffisant en quoi le commerce entre Etats membres risquait, en l'espèce, de se trouver affecté, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE ;

6°) ALORS QU'en présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ; que ce critère ne devient qu'un élément parmi d'autres liés à la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ; qu'en affirmant, pour considérer que le commerce intracommunautaire avait, en l'espèce été sensiblement affecté « qu'au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence, il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres et ce, que soit en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ou en l'état, comme en l'espèce, d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat », la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

7°) ALORS QU'en présence d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause

à l'intérieur de cet Etat ; que ce critère ne devient qu'un élément parmi d'autres liés à la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre ; qu'en retenant que l'entente en cause ne couvrant qu'une partie du département de la Réunion était de nature à affecter sensiblement les échanges intracommunautaires, après avoir constaté que le volume des ventes de carburéacteur affecté par la pratique, réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003 n'avait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

8°) ALORS QU'en retenant que la superficie de ce département d'outre-Mer « est aussi, voire plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne », après avoir considéré que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit être apprécié au regard de la nature des pratiques, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

9°) ALORS QU'en tenant compte, pour apprécier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un seul Etat de prétendues spécificités inhérentes aux départements ou territoires d'outre-mer, la cour de renvoi a violé l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur les saisies effectuées au Royaume-Uni)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Réunion dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence.

AUX MOTIFS QUE (...) sur les saisies effectuées au Royaume-Uni, par courrier daté du 3 décembre 2004, le rapporteur général du Conseil a, sur le fondement de l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, adressé au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT) une demande d'assistance afin de recueillir des informations auprès des sociétés Exxon Mobil Aviation International Ltd, Chevron Texaco UK, Chevron Texaco Global Aviation et Shell Aviation Ltd exerçant leurs activités à Londres et concernées par les activités de vente de carburéacteur à Air France ; que le président de l'OFT a, le 12 avril 2005, autorisé, par application de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998

(Competition Act), des membres de son personnel à pénétrer sans notification préalable dans les locaux des entreprises et à y exercer les pouvoirs conférés par ce texte ; que l'enquête a eu lieu le 14 avril 2005 conformément au droit britannique avec l'accord des entreprises concernées ; que trois rapporteurs désignés par décisions du Conseil ont assisté à l'enquête ; que l'OFT a transmis à l'Autorité française les documents produits par lesdites entreprises et ces documents ont été utilisés dans le cadre de la présente procédure ; que les requérantes contestent tant le recours aux dispositions de l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 que la régularité "des visites et saisies" effectuées au Royaume-Uni, ce dont elles déduisent que les documents "saisis" au Royaume-Uni doivent être écartés des débats et que la preuve de l'entente alléguée n'est pas, ou a fortiori pas, rapportée ; que les sociétés Shell et Esso soutiennent que le rapporteur général du Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les faits de la cause pouvaient relever de l'article 101 du TFUE ; que la société Esso et les sociétés du groupe Total ajoutent que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n'étaient pas réunies en ce que le rapporteur général du Conseil a invoqué à tort le droit communautaire et présenté à l'OFT une demande tardive et irrégulière car affectée d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions au mépris du principe de coopération loyale ; que la société Esso prie la cour de dire que les droits fondamentaux garantis par la CEDH ont été violés "s'agissant de la procédure pour recueillir des preuves" et ce en raison, d'une part, du fait que la demande d'assistance du 3 décembre 2004 aurait dû être préalablement autorisée par le juge français gardien des libertés fondamentales et d'autre part, du fait de l'absence de contrôle judiciaire a posteriori par les juridictions françaises de la légalité de la procédure suivie au Royaume-Uni pour recueillir des pièces utilisées par les autorités françaises ; que la société Chevron prie également la cour de constater que les saisies ont été effectuées au Royaume-Uni en violation des articles 6 et 8 CEDH ; qu'elle invoque un défaut d'équivalence des garanties du procès équitable en France et au Royaume-Uni en ce qu'une autorisation judiciaire est nécessaire en France pour procéder à des visites et saisies dans les locaux d'une entreprise (article L. 450-4 du code de commerce) alors que l'article 65 F de la loi britannique de 1998 permet certaines perquisitions sans autorisation judiciaire ; qu'elle soutient que ses "droits... n'ont pas bénéficié d'une protection équivalente au Royaume-Uni à celle dont aurait bénéficié ceux d'une entreprise en France en cas d'enquête approfondie" et dont les autres parties à cette procédure, dont les locaux n'étaient pas situés au Royaume-Uni, ont bénéficié, l'irrégularité de la demande d'assistance du 3 décembre 2004 en l'absence d'autorisation judiciaire préalable et ce, en violation du droit fondamental à un procès équitable et du droit à l'inviolabilité du domicile ; qu'il est reproché au Rapporteur général d'avoir enfreint les dispositions des articles L. 450-4 du code de commerce, 6 et 8 CEDH et la Charte des droits fondamentaux, en ne sollicitant pas une autorisation du juge des libertés et de la détention avant de demander l'intervention de l'OFT ; l'illégalité de la participation des

rapporteurs du Conseil aux inspections menées par l'OFT en ce que cette participation l'a privée de garanties fondamentales ; que les sociétés du groupe Total invoquent aussi l'irrégularité de la procédure du fait de la participation de trois rapporteurs du Conseil aux investigations menées à Londres en dehors de tout titre de compétence ; qu'après avoir exposé qu'elles sont recevables à soulever ce moyen devant les juridictions françaises et que le Conseil, ainsi que les juridictions françaises sont compétents pour contrôler la conformité, notamment au droit anglais, des investigations menées à Londres, ces sociétés soutiennent que la participation des rapporteurs français à l'enquête menée à Londres, en dehors de tout titre de compétence, est contraire tant au droit anglais car les dispositions de la section 65 F du Competition Act n'octroient aucun titre de compétence à des agents étrangers, qu'aux droits communautaire (article 22 du Règlement) et français (L. 450-1 du code de commerce) qui n'octroient aucun titre de compétence aux agents du Conseil en dehors du territoire national ; qu'elle ajoutent que les trois questions préjudicielles qu'elles proposent pourraient, si la cour l'estimait nécessaire, être soumises à la CJUE ;

QUE sur les dispositions de l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002, aux termes de l'article 22 du règlement n°I/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, devenus les articles 101 et 102 du TFUE : "1. Une autorité de concurrence d'un Etat membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12 ; que l'article 12 dudit règlement prévoit : "1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles. 2. Les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information. (...)" ; que ces dispositions sont éclairées notamment par les considérants 15 et 16 du même règlement "(15) Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. A cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les Etats membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau. "(16) Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent

être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire" ; qu'il résulte de ce règlement européen, d'application directe, que c'est à juste titre que la Décision (n° 185 et suivants) distingue trois étapes relevant de contrôles distincts : - la demande d'assistance qui est formulée par l'autorité nationale de concurrence qui souhaite en bénéficier, - l'autorisation et le déroulement de l'enquête mise en oeuvre par l'autorité destinataire de cette demande, - l'utilisation des informations obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'enquête a été réalisée ; qu'en application de l'article 22 sus-rappelé du règlement, l'autorité de concurrence qui accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête y procède en appliquant son droit national et non celui du pays de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée ; que la Décision retient exactement que l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet Etat ; que les dispositions de l'article 22 du règlement ne peuvent être utilisées que pour la recherche d'une infraction relevant, à tout le moins, des dispositions des articles devenus 101 et 102 du TFUE ;

QUE sur la demande d'assistance du 3 décembre 2004, ainsi qu'il a été dit, le rapporteur général du Conseil a invoqué l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 pour demander à l'autorité de concurrence britannique d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête ; qu'au vu des termes du courrier daté du 3 décembre 2004 par lequel cette assistance a été demandée, il ne peut être soutenu que le rapporteur général du Conseil a commis une "erreur manifeste d'appréciation" en estimant, au vu des éléments en sa possession, que les faits sur lesquels portaient la demande d'assistance pouvaient relever des articles devenus 101 ou/et 102 du TFUE ; qu'en effet, ce courrier, après un exposé du contexte factuel et procédural, des nécessités de l'enquête et des qualifications possibles des pratiques en cause, fait notamment état de l'impact possible des pratiques en cause sur des compagnies pétrolières concurrentes, telle BP, et de l'impact du prix du

kérosène sur le prix des billets d'avion ; que sur la violation invoquée du principe de coopération loyale entre les autorités membres du Réseau Européen de Concurrence (REC), il est observé que la plainte du 14 janvier 2003 dont Air France a saisi le Conseil était fondée tant sur les dispositions du droit national que sur celles du droit communautaire ; qu'en outre, si, dans un premier temps, le rapporteur général n'a visé que les dispositions du droit interne, il ne saurait en être tiré aucune conséquence dès lors qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire ; qu'il est, au surplus, rappelé que les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil ; que l'allégation selon laquelle l'affectation du commerce intra-communautaire n'aurait été qu'un "prétexte" tardif pour élargir une enquête jusqu'alors infructueuse, relève d'une simple affirmation d'autant moins fondée que le droit de l'Union est applicable en l'espèce ; que par ailleurs, s'agissant des circonstances invoquées dans la demande d'assistance du 3 décembre 2004 pour permettre à l'OFT de procéder au contrôle du bien-fondé de cette demande, demande que cette autorité peut accepter ou refuser, il convient de relever que, s'il est vrai que ce courrier mentionne que les autres compagnies aériennes qui desservent la Réunion, effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et les pays européens autre qu'entre la Réunion et la France métropolitaine, force est de constater qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée de cette affirmation ; que, contrairement à ce qui est soutenu, ce n'est pas, à ce stade de l'enquête et au vu des développements qui précèdent relatifs à la notion de "susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres", de façon erronée que ce courrier mentionne que les pratiques "peuvent avoir eu un impact sur des compagnies européennes", que, par exemple BP "a potentiellement été affectée par les pratiques considérées" et que le prix du kérosène représente une partie importante du prix du billet d'avion et son augmentation affecte le commerce entre Etats membres ; que les éléments invoqués par les sociétés Total pour soutenir que des omissions privent la demande d'assistance du 3 décembre 2004 de sa légalité apparaissent d'autant moins déterminants qu'il ne peut être soutenu que le droit communautaire aurait été "délibérément écarté" lors de l'enquête menée en France et que la décision publiée du Conseil du 19 octobre 1993 était citée dans ce courrier ; qu'il n'est pas justifié "d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions" qui auraient été de nature à empêcher l'OFT de "se prononcer en toute connaissance de cause" ; qu'enfin, en autorisant par écrit du 12 avril 2005, sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act), une enquête dans

les locaux des entreprises concernées au Royaume-Uni, le Président de l'OFT a exercé une appréciation de droit et de fait sur la demande qui lui était présentée par l'Autorité française ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et le principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC auraient été méconnus ;

QUE sur l'absence d'autorisation judiciaire préalable à la demande d'assistance, pour soutenir que la demande d'assistance adressée à l'OFT le 3 décembre 2004 par le Rapporteur général du Conseil aurait dû être préalablement autorisée par le juge français, les sociétés Chevron et Esso invoquent les dispositions des articles L. 450-4 du code de commerce, les articles 6 et 8 CEDH et la Charte des droits fondamentaux ; que (cependant) les dispositions des articles L. 450-1 et L. 450-4 du code de commerce ne subordonnent pas à une autorisation judiciaire préalable la demande d'assistance formée par le rapporteur de l'Autorité de la concurrence auprès d'une Autorité d'un autre Etat membre dans le cadre de la procédure d'entraide prévue par l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ; qu'en outre, ce règlement ne subordonne pas l'exécution d'une mesure d'enquête qu'une autorité nationale de concurrence peut mener sur son territoire en application de son droit national au nom et pour le compte d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre à l'autorisation préalable d'un juge de l'Etat pour le compte duquel la mesure est effectuée ; qu'ainsi qu'il a été dit, en vertu de l'article 22 dudit règlement, l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire, en l'espèce le droit britannique ; qu'il n'appartient pas au juge français d'autoriser ou de contrôler le déroulement de mesures d'enquête sur d'autres territoires que son territoire national ; qu'en l'espèce, après avoir reçu du rapporteur général du Conseil la demande d'assistance susmentionnée du 3 décembre 2004 formulée en application du règlement communautaire, le Président de l'OFT l'a acceptée en autorisant ses agents à enquêter sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act) ; qu'il est, à cet égard, rappelé que coexistent en droit britannique, deux types d'enquêtes incluant des visites dans les locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition délivré par un juge (article 65 G du Competition Act) et l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65 F du Competition Act) ; que, si ces procédures britanniques constituent un ensemble qui ne correspond pas exactement à la distinction du droit français entre les enquêtes dites "simples" qui reposent sur l'exercice de pouvoirs non coercitifs (article L. 450-3 du code de commerce) et les enquêtes dites "lourdes" prévues par l'article L. 450-4 du même code soumises à autorisation judiciaire, force est de constater que la procédure de l'article 65 F du Competition Act, utilisée en l'espèce, s'apparente plus à celle des enquêtes dites "simples" qui peuvent être réalisées sans autorisation judiciaire préalable et qu'en outre, c'est en accord avec les entreprises concernées que les opérations d'enquête ont été

réalisées par l'autorité britannique ; qu'en définitive, sous couvert d'un défaut d'équivalence des garanties fondamentales en France et au Royaume-Uni, au demeurant non établi, et ce, au surplus, d'autant moins que les droits nationaux français et britannique constituent des ensembles cohérents différents susceptibles de garantir de façon différente les droits fondamentaux des parties et qu'ainsi que le mentionne le considérant 16 sus-rappelé du règlement "les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents" - l'argumentation des requérantes tend en réalité tant à remettre en cause des mesures autorisées et exécutées au Royaume-Uni selon le droit britannique seul applicable par application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 qu'à faire apprécier par le juge français la conformité à la CEDH et à la Charte des droits fondamentaux des dispositions du Competition Act britannique ; que de tels contrôles relèvent du juge britannique que les parties ne soutiennent pas avoir saisi à cette fin ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'une autorisation du juge des libertés et de la détention aurait été nécessaire pour demander le 3 décembre 2004 l'assistance de l'OFT ;

QUE sur la présence des rapporteurs du Conseil aux opérations menées par l'OFT, contrairement à ce que soutient la société Air France, il ne résulte pas du seul fait que les sociétés du groupe Total n'ont pas été visées par les opérations d'enquête effectuées par l'OFT que ces sociétés seraient irrecevables à se plaindre de la présence de rapporteurs du Conseil aux opérations d'enquête menées au Royaume-Uni ; que les sociétés du groupe Total prie la cour de "constater que trois rapporteurs du Conseil de la concurrence se sont rendus sur le territoire du Royaume-Uni pour y exercer des pouvoirs d'enquête aux côtés des agents de l'OFT dans les locaux de Shell, Exxon et Chevron et se sont faits remettre des documents sur le territoire britannique" ; que, selon ces sociétés, la participation des rapporteurs français à l'enquête menée à Londres est contraire aux dispositions de la section 65 F du Competition Act et à celles des articles 22 du règlement n° 1/2003 et L. 450-1 du code de commerce ; que la société Chevron expose (mémoire n° 273) que si un de ses agents au Royaume-Uni a consenti à la présence du rapporteur du Conseil lors des opérations menées par l'OFT, elle ne demande bien évidemment pas à la cour de se prononcer sur la question de savoir si la présence du rapporteur qui a accompagné les enquêteurs britanniques sans autorisation judiciaire britannique est ou non conforme à la réglementation britannique, mais fait valoir qu'"à supposer qu'une telle pratique soit irrégulière", l'accord de son agent ne peut la rendre régulière et qu'elle "est fondée à se plaindre d'avoir été privée de garanties fondamentales" ; que (cependant) l'argumentation des sociétés du groupe Total manque en fait ; qu'en effet, les rapporteurs du Conseil n'ont exercé aucun pouvoir d'enquête qui leur serait propre ; que ces rapporteurs n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations menées par les agents de cette autorité afin de vérifier qu'elles entraient dans le cadre de l'enquête sollicitée par le rapporteur général du Conseil ;

qu'en outre, la présence de membres du Conseil a été acceptée, par procès-verbal, par les entreprises dans les locaux desquels ont été effectuées, en vertu du droit britannique, les opérations d'enquête menées par les agents de l'OFT ; qu'ainsi qu'il a été dit, le déroulement des opérations menées au Royaume-Uni sur le fondement du droit britannique relève du contrôle du juge de cet Etat ; que la société Chevron, qui ne soutient pas avoir saisi le juge britannique, n'est pas fondée à invoquer, sans plus de précision, la violation de garanties fondamentales en se prévalant de la supposition qu'une irrégularité aurait été commise au Royaume-Uni ; que ce n'est par conséquent qu'au surplus qu'il est observé que les dispositions invoquées des articles 22 du règlement n° 1/2003 et L. 450-1 du code de commerce n'interdisent pas en son principe l'assistance des agents qui exécutent une mesure d'enquête par des agents de l'Etat membre au nom et pour le compte duquel est, en application dudit règlement, effectuée la mesure ; que le moyen n'est pas fondé ;

QUE sur le contrôle judiciaire a posteriori de la régularité de la procédure, selon la société Esso, il appartient aux juridictions françaises "de contrôler la légalité de la procédure de visites et saisies diligentées sur le territoire britannique d'abord au regard du droit britannique puis au regard des principes fondamentaux applicables qui relèvent de l'ordre public ; que cette société soutient que ses droits fondamentaux ont été violés en ce qu'elle a été privée de tout recours effectif contre les opérations de visites et saisies ; qu'ainsi qu'il a été dit, il n'a pas été procédé au Royaume-Uni à des opérations de visites et saisies au sens de l'article L. 450-4 du code de commerce et les contestations relatives au déroulement des investigations menées en application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 sur le fondement du droit britannique ne peuvent être portées que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni sur le fondement du droit britannique ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les critiques des requérantes ne sont pas fondées et que c'est à tort qu'elles entendent faire écarter des débats les pièces (notamment celles cotées 2027 et 3151) recueillies au cours de l'enquête exécutée au Royaume-Uni par l'OFT en application du droit britannique, au nom et pour le compte du Conseil de la concurrence afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article devenu 101 du TFUE ;

1°) ALORS QU'une autorité de concurrence d'un Etat membre ne peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre que pour établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité devenus 101 et 102 du TFUE ; qu'ainsi la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en considérant qu'il importait peu que les dispositions du droit communautaire n'aient dans un premier temps pas été visées par le

rapporteur général, bien que le risque d'infraction aux règles communautaires de la concurrence soit une condition de recevabilité de la demande d'assistance, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE ;

2°) ALORS QU'une autorité de concurrence d'un État membre ne peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre que pour établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité devenus 101 et 102 du TFUE ; qu'ainsi la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre État membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en retenant « qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire » quand les investigations contestées n'ont pas eu lieu en France mais au Royaume-Uni, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à justifier la demande d'assistance du 3 décembre 2004, a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ainsi que des articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE ;

3°) ALORS QU'en droit communautaire, le respect des droits de la défense constitue un principe de caractère fondamental, qui doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'en affirmant au contraire, pour refuser d'annuler la demande d'assistance du 3 décembre 2004, que « les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil », la cour de renvoi a violé les articles 6 du traité de l'Union européenne, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

4°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que la demande

d'assistance émise par le Conseil de la concurrence auprès d'une autorité étrangère doit être loyale et qu'il n'en est ainsi que si les informations fournies à l'appui de la demande de concours, sont complètes et objectives ; qu'en décidant que la demande d'assistance adressée par le rapporteur du Conseil de la concurrence aux autorités britanniques était loyale, après avoir expressément constaté que la demande d'assistance du 3 décembre 2004 mentionne à tort que les autres compagnies aériennes qui desservent la Réunion, effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et les pays européens autre qu'entre la Réunion et la France métropolitaine, ce qui tendait à laisser penser que le commerce entre Etats membres était ainsi directement affecté, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ;

5°) ALORS QUE la demande d'assistance émise par le Conseil de la concurrence auprès d'une autorité étrangère doit être loyale : qu'en se bornant à retenir, pour considérer que le rapporteur n'avait pas manqué à son obligation de loyauté que la décision publiée du Conseil du 19 octobre 1993 était citée dans la demande d'assistance, sans vérifier, comme elle y avait été invitée si le rapporteur n'avait pas omis d'indiquer que selon la décision du 19 octobre 1993 du Conseil de la concurrence le marché du carburéacteur de l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion était, compte tenu de ses caractéristiques, purement local, ce qui ôtait toute dimension communautaire aux pratiques dénoncées, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, et des articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ;

6°) ALORS QUE seuls les agents de la Commission sont habilités à assister aux opérations de visite effectuées dans un Etat membre et à se faire remettre les documents saisis ; que lorsque la visite a eu lieu à la demande d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre, les informations sont recueillies par l'autorité ayant prêté son assistance puis transmises par celle-ci à l'auteur de la demande ; qu'en considérant que les rapporteurs du Conseil français de la concurrence avaient pu valablement assister aux opérations de visites, la cour de renvoi a violé les articles 12, 20 et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

7°) ALORS QU'une personne est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers, lorsque cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts ; qu'ainsi une personne est toujours recevable à contester, devant la juridiction de jugement la légalité d'une visite pratiquée

au domicile d'une autre partie à la procédure, lorsque des pièces découvertes à cette occasion lui sont ensuite opposées pour justifier sa condamnation ; qu'en considérant que la contestation du déroulement de l'opération de visite au Royaume-Uni était exclusivement soumise au droit et à la procédure britanniques, et qu'elle échappait à la compétence de la juridiction française, la cour de renvoi qui a privé les sociétés Total qui n'ont pas été visées par les enquêtes à Londres mais auxquelles les pièces découvertes ont été opposées du droit de contester le déroulement des opérations de visites, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ;

8°) ALORS QUE le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'une autorité qui se fait remettre volontairement des documents par une entreprise dans le cadre d'une procédure non coercitive ne peut ensuite lui opposer ces pièces pour justifier une sanction que si la société mise en cause avait été préalablement et clairement informée de ses droits qu'en retenant, pour décider que la procédure de visite pratiquée à Londres était régulière, que la présence des membres du Conseil de la concurrence a été acceptée par les entreprises dans les locaux desquelles les opérations d'enquête ont été menées sans vérifier, si les parties avaient été clairement et préalablement informées de leurs droits, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 du traité de l'Union européenne, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Réunion dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence.

AUX MOTIFS QUE (...) sur la procédure d'appel d'offres et le comportement d'Air France, les sociétés Chevron et Total Réunion soutiennent que c'est à tort et de façon trompeuse qu'est utilisé le terme « d'appel d'offres » pour décrire les modalités suivant lesquelles la société Air France procédait à ses achats de carburéacteur ; que la société Total Réunion expose que le processus de négociation mis en place par Air France n'est ni un appel d'offres, ni une mise en concurrence des différents fournisseurs, qu'il s'agit

d'un processus de négociation "sui generis" qui ne revêt pas les caractéristiques d'un appel d'offres au sens du code des marchés publics et d'un processus de négociation asymétrique d'une année à l'autre au cours duquel Air France négocie avec des fournisseurs qu'elle a préalablement sélectionnés et divulgue des informations à ses fournisseurs ; que la société Chevron ajoute que les méthodes de négociation dont usait Air France, acheteur principal à la Réunion, réduisaient les incitations des offreurs à faire baisser les prix ; qu'à titre liminaire, s'agissant des marchés et acteurs en cause, il est fait référence à la Décision et notamment les paragraphes 1 à 50 et 211 à 216, étant à ce stade observé que c'est à juste titre qu'il est retenu que le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion où l'absence de substituabilité du côté de l'offre (en raison des infrastructures essentielles pour le stockage et l'avitaillement) et de la demande (les compagnies aériennes ne pouvant s'approvisionner en un autre lieu en raison de la durée des vols) conduit à la définition d'un marché limité à l'aéroport Saint-Denis de la Réunion ; que, si comme le souligne la société Chevron, Air France était l'acheteur principal de carburéacteur à la Réunion, il importe de rappeler que cette société n'avait pas d'autre choix que de s'approvisionner à la Réunion auprès des compagnies pétrolières membres des deux groupements d'intérêt économique GEIAG et GPAG ; que le terme "d'appel d'offres" n'est pas utilisé dans la Décision au sens que lui donne le code des marchés publics et que décrit la société Total Réunion aux pages 129 et suivantes de son premier mémoire ; qu'ainsi que le souligne la Décision (n° 47), l'appel d'offres d'Air France ne fonctionne pas, comme un marché public, suivant le principe d'une offre fixe sous pli fermé à un seul tour et que chaque compagnie a sa propre procédure pour mettre en concurrence les offreurs ; que le terme d'appel d'offres ne peut être qualifié de trompeur alors que la Décision décrit le principe de la procédure organisée par Air France (n° 46 à 50) et relève exactement (n° 218) que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion sont des appels à la concurrence, consistant à inviter des fournisseurs de biens ou services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée, à savoir l'attribution d'un marché annuel ; qu'il ne peut être contesté que les règles de concurrence s'appliquent à l'ensemble des appels d'offres, publics ou privés, régis ou non par le code des marchés publics et encadrés ou non par une procédure formelle ; que la Décision relève, sans être utilement contredite, que le processus mis en place par Air France s'inscrit dans un calendrier précis, généralement le mois qui précède le démarrage du contrat annuel et selon un processus pré-établi qui comporte plusieurs tours au cours desquels les compagnies pétrolières formulent des offres en volumes et en prix parmi lesquelles la compagnie aérienne retient la mieux offrante et lui attribue la fourniture correspondant à la quantité que cette compagnie est disposée à fournir au prix proposé, la totalité des volumes pouvant être allouée soit à un seul offreur, soit, comme cela a été le cas au cours des vingt dernières années, à plusieurs fournisseurs à des prix éventuellement différents (Décision n° 46 et suivants

et n° 219) ; que même à supposer établis les faits, invoqués par les requérantes, qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ces faits ne seraient pas de nature à remettre en cause les constatations de la Décision relatives à l'organisation des appels d'offres d'Air France ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, c'est de façon pertinente que le Conseil tire des enseignements de l'examen des appels d'offres organisés par Air France durant les vingt années précédant 2002 ; que la Décision observe exactement que le nombre définitif de tours n'est pas connu des soumissionnaires et ceux-ci sont incités à diminuer leurs prix dès lors que chaque tour étant susceptible d'être le dernier, une entreprise peu compétitive en prix risque d'être exclue du marché ou de n'obtenir qu'un volume limité d'approvisionnement ; qu'elle constate (n° 48) que, sur les vingt années antérieures, les offres des compagnies pétrolières ne permettaient pas individuellement de répondre à la totalité des besoins de la compagnie aérienne, mais que la totalité des quantités offertes par les compagnies pétrolières étant supérieure à la totalité des quantités nécessaires à Air France et chaque offreur étant tenu dans l'ignorance des quantités offertes par ses concurrents, Air France pouvait faire jouer la concurrence et choisir entre les offreurs entre les différents tours de l'appel d'offres ; que, pour ce faire, Air France restituait certaines informations à chacun des offreurs en cours de procédure ; que cette information sur les résultats intermédiaires, dite "feedback", consistait notamment à préciser à chaque offreur l'écart de prix qu'il présentait avec son concurrent le mieux placé et sa position (rang) par rapport à l'offreur ayant fait les meilleures propositions, et parfois, le ratio de couverture ; qu'ainsi l'offreur, qui ignorait les pourcentages offerts par ses concurrents, était généralement conduit à réajuster quantité et prix au cours de l'appel d'offres ; qu'il en résulte que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision établit qu'avant 2002, la procédure d'appel d'offres organisée par Air France a eu pour effet de conférer au marché un caractère instable et partant très concurrentiel ; qu'en effet, chaque année, les positions des offreurs sur le marché étaient susceptibles de changer et un offreur pouvait être évincé du marché par la compagnie aérienne, ce qui a d'ailleurs été le cas de Total Réunion sur l'aéroport de la Réunion en 2001 ; que, de fait, Air France a toujours réussi, avant 2002, à obtenir des prix bas ; que c'est à juste titre que la Décision a écarté l'argumentation des parties qui soutenaient qu'en l'absence de règles précises pour les appels d'offres et d'obligation pour les compagnies aériennes de retenir le moins disant, il n'y aurait pas eu d'incitations pour les compagnies pétrolières à faire baisser leurs prix ; qu'enfin, s'agissant des informations qu'Air France aurait divulgué durant l'appel d'offres, aucun élément ne permet de remettre en cause les conclusions de la Décision (n° 267, 268 et 460 à 473) selon lesquelles les informations communiquées par Air France ne pouvaient pas permettre aux

compagnies pétrolières d'anticiper le comportement de leurs concurrents pendant l'appel d'offres puis d'en connaître le résultat final, étant au surplus observé que la société Air France confirme devant la cour, sans être sérieusement contredite, n'avoir communiqué qu'à l'issue du deuxième tour l'information selon laquelle le ratio de couverture était, en 2002, de 100 % (Cf Décision n° 280 et 281) ;

QUE sur les preuves de l'entente, toutes les requérantes soutiennent que les éléments réunis par le Conseil ne permettent pas d'établir qu'elles se seraient concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres lancé par Air France en 2002 pour l'approvisionnement en kérosène de ses avions sur l'escale de la Réunion en 2002/2003, notamment pour limiter les quantités de kérosène offertes à Air France et pour augmenter les prix, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article devenu 101 du TFUE ; que les moyens invoqués par les parties tendant à contester l'applicabilité du droit de l'Union et les saisies opérées au Royaume-Uni ayant été ci-dessus écartés, doivent par voie de conséquence être rejetées les argumentations des parties tendant à soutenir que la Décision ne pouvait utiliser, à titre de preuve de l'entente reprochée, les éléments recueillis au Royaume-Uni ; que les requérantes contestent chacun des éléments ayant conduit le Conseil à retenir : - d'une part, que les pièces du dossier (document 2027 : notes manuscrites de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron aviation, document 384 : courrier électronique de Total Outre-Mer du 17 octobre 2002 (Mme Daisy A à M. Joël G), document 3151 du 17 octobre 2002 à lire en lien avec le document 3150 (courriers électroniques Mme Mina H, Shell trading » constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations entre les entreprises. avant et durant le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, ces échanges portant sur des éléments clés à savoir la répartition du marché (cote 2027), la stratégie à adopter en cas de changement de source d'approvisionnement (cote 384) et le niveau des prix de transfert (cotes 3150 et 3151) - d'autre part, que l'examen des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002 apporte des indices supplémentaires de la concertation anticoncurrentielle reprochée car montre une similitude sans précédent de comportements ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier ses offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; (Cf sur ces points : Décisions n° 235, 383 à 385 et 480) ; que sur les indices tirées de preuves matérielles de la concertation, reprenant les argumentations soumises durant la procédure menée devant le Conseil et écartées par la Décision, les requérantes contestent la pertinence, l'interprétation et le caractère probant de chacun des éléments matériels examinés par la Décision (document 2027, document 384, document 3151) ; que certaines requérantes ajoutent qu'un courrier électronique saisi chez Shell (cote 2992) est de nature à infirmer l'hypothèse d'une collusion entre

les pétroliers ; qu'en premier lieu, s'agissant du document coté 2027, il est soutenu que les notes manuscrites de M. Simon Y n'ont ni date, ni source, ni signification certaines et ne reproduisent pas exactement les résultats du premier tour d'enchères ; que ce document, saisi à Londres dans le bureau de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron Aviation, est exactement décrit aux numéros 141 et suivants de la Décision ; que la partie de ce document correspondant à un tableau électronique (tableur Excel) intitulé "file Air France 2002.xls" est daté de façon certaine du 25 septembre 2002, soit cinq jours avant la date limite pour le dépôt des offres fixé par Air France le 30 septembre ; que ce document comporte, outre des mentions manuscrites relatives aux prix et quantités envisagés pour répondre à l'appel d'offres, des annotations manuscrites, figurant en bas à droite du document et ainsi rédigées : "25 % CT GA (Chevron), 30 % E/M (Exxon), 25/30 Shell, 15/20 TFE" (Total) ; que ces pourcentages correspondent aux offres en volume des compagnies pétrolières pour le premier tour de l'appel d'offres de 2002 : 25 % pour Chevron, 30 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 15 % pour Total ; qu'ils ne correspondent pas exactement aux parts de marché obtenues à l'issue de l'appel d'offres (25 % pour Chevron, 32 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 13 % pour Total) ; que c'est à l'issue d'une démonstration étayée, tenant compte de l'ensemble des objections ou suppositions soumises, que la Décision retient, aux termes de motifs que la cour adopte, que ces dernières annotations ont été inscrites, comme les autres mentions manuscrites figurant sur ce document, entre le 26 et le 30 septembre 2002, date de la remise de l'offre ferme à Air France et qu'aucun élément ne permet de remettre en cause cette datation au même moment de l'ensemble des annotations manuscrites du document 2027 (Cf Décision n° 241 à 248 et 263 à 288) ; que, pas plus devant la cour qu'elles ne l'avaient fait devant le Conseil, les parties ne justifient leurs affirmations relatives au caractère incertain, possiblement postérieur au 30 septembre 2002, de la date à laquelle M. Simon Y a porté les annotations manuscrites de répartition de marché figurant sur ce document ; qu'ainsi que le relève la Décision, les explications avancées par les parties sur les sources des informations de répartition de marché ou sur les circonstances dans lesquelles de telles annotations manuscrites ont été portées par M. Simon Y sur le document en cause, ne peuvent être suivies ; que c'est notamment à juste titre que la Décision écarte l'hypothèse selon laquelle ces annotations proviendraient d'informations fournies par Air France, de même que celle selon laquelle ces annotations seraient des anticipations propres à M. Simon Y ; que la cour se réfère sur l'ensemble de ces points à la Décision (n° 267 et 268, 460 à 473, n° 279 à 287, n° 289 à 311) dont les motifs ne sont pas utilement contestés ; qu'en outre, contrairement à ce qui est à nouveau soutenu, les prévisions de M. Simon Y ne peuvent être qualifiées d'imprécises (Cf ci-dessus la teneur des annotations et Décision n° 306 à 308) ; qu'il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que la Décision retient (n° 311) que "la seule explication crédible - que les entreprises mises en cause nient contre toute évidence - est que la répartition de marché inscrite sur le document 2027, qui anticipe très précisément le déroulement de l'appel d'offres, résulte d'un échange

d'informations préalable au dépôt des offres" ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'une concertation entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ; qu'en deuxième lieu, s'agissant du document coté 384, il est soutenu que l'objet de ce courrier électronique (changement de source d'approvisionnement du carburéacteur) est sans pertinence au regard du grief retenu qui n'est relatif ni à des échanges d'informations, ni à une entente sur les prix ; qu'il est ajouté que le sens de ce courrier est ambigu, que les informations qu'il contient peuvent provenir d'Air France et sont, en outre, erronées car seule Total Réunion a proposé une offre en "AG" avec "add on" conforme à celle décrite par ce courrier ; que la société Chevron ajoute qu'il s'agit d'un document interne à Total qui ne peut servir de preuve de l'existence d'un échange d'informations ; que le document coté 384 est un courriel relatant une conversation entre Mme Daisy A (Total Outre-Mer) et M. Joël G (Total Trading) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause ; que ce document et le contexte de sa rédaction sont exactement décrits aux paragraphes 153 à 157 de la Décision auxquels il est fait référence ; que les requérantes reprennent devant la Cour les argumentations écartées par la Décision par des motifs pertinents, non sérieusement contestés et que, pour ces raisons, la cour adopte : Cf Décision n° 237, 312 à 341 et n° 267, 268 et 460 à 476 ; qu'il suffit de rappeler et d'observer qu'il est fait grief aux requérantes de s'être concertées pour fausser le déroulement de l'appel d'offres lancé par Air France 2002 ; que le courrier coté 384 est ainsi rédigé : "l'information que j'ai est que la profession maintient son offre initiale sur AG (Arab Gulf) mais ajoute un "add on" qui serait retiré dans le cas où les importations reviendraient dans la zone AG. Notre intention est de procéder de la même manière..." ; que la Décision établit à suffisance que le terme "profession" désigne les compagnies pétrolières et que les informations mentionnées par Total ne lui avaient pas été communiquées par Air France ; que les termes de ce courrier ont à juste titre été retenus par la Décision (n° 339 à 341) comme révélateurs de l'existence d'échanges d'informations entre les compagnies pétrolières au sujet de la méthode appliquée pour prendre en compte un éventuel changement d'index de cotation de nature à perturber le déroulement de l'appel d'offres en cours, et montrant que les entreprises en cause ne déterminaient pas leur comportement sur le marché de manière autonome, peu important à cet égard que l'information du 17 octobre 2002 se révèle par la suite partiellement erronée ; qu'enfin, ce document régulièrement saisi peut, bien qu'il s'agisse d'un document interne à Total, être opposé aux autres compagnies pétrolières, dont la société Chevron, mentionnée sous le terme "profession" et être utilisé comme élément de preuve ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'un échange d'informations entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ; qu'en troisième lieu, s'agissant du document coté 3151, il est soutenu qu'il ne contient que des informations, inexactes, internes à Shell et non susceptibles d'être utilisées par les compagnies pour élaborer leurs offres,

qu'il montre l'incertitude de Shell quant au comportement des concurrents ; que le document coté 3151 est composé de courriers électroniques échangés entre Mme Mina H (Shell Trading) et M. François 1 (salarié de Shell aviation, interlocuteur d'Air France pour l'appel d'offres) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause ; qu'il est exactement décrit et analysé aux paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 de la Décision ; que dans son premier message, Mme Mina H précise à son correspondant : "L'approvisionnement pour Shell est actuellement en 60/40 Caltex Bahain/MOPAG. Après avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène, tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon)" ; qu'il ne peut être contesté que ce message relate ainsi des échanges d'informations entre les compagnies Total, Chevron et Exxon sur les prix d'approvisionnement ; que c'est par des motifs pertinents et non utilement contestés que la Décision a écarté les argumentations reprises par les requérantes devant la cour (Décision n° 345 à 382) ; qu'il suffit d'observer que les parties ne peuvent prétendre que les échanges d'informations, entre deux tours de l'appel d'offres en cause, sur les prix de transferts ne portaient pas sur des informations sensibles et utiles pour le déroulement de l'appel d'offres ; que le Conseil était fondé à retenir ce document, qui conforte le précédent, comme constituant un indice matériel de la concertation reprochée aux requérantes ; qu'enfin, les sociétés Shell, Chevron et Esso maintiennent devant la cour qu'un courriel interne à Shell, daté du 28 septembre 2002 (cote 2992) contredit la thèse d'une collusion entre les compagnies pétrolières en ce qu'il montre l'incertitude dans laquelle se trouvait le négociateur de Shell deux jours avant la date limite du dépôt des offres (Cf Décision n° 484 à 486) ; que (cependant), si c'est à tort que la Décision mentionne ce document comme daté du 27 septembre 2002 au lieu du 28 septembre 2002, il n'en demeure pas moins qu'aucune compagnie n'avait à cette date déposé d'offre ; qu'il n'est, en effet, pas contesté que les quatre compagnies pétrolières ont déposé leurs offres le 30 septembre 2002 à quelques heures de la clôture du premier tour ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision, un accord sur une limitation de volumes ne nécessite pas d'être arrêté dans ses moindres détails pour produire ses effets ; que ce dernier élément n'est pas de nature à atténuer la force probante résultant du rapprochement des trois documents sus-rappelés qui constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations clés entre les entreprises avant et pendant l'appel d'offres incompatibles avec une détermination autonome par chaque entreprise de la politique qu'elle entendait suivre lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ;

QUE sur les indices tirés de la similitude des comportements des entreprises, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision établit une similitude sans précédent des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002, similitude ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en

volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier les offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; que le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, précisément décrit aux n° 108 à 115 de la Décision, fait apparaître que le résultat de l'appel d'offres correspond à une hausse de près de 30 % du "différentiel" (prix fixe qui rémunère l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution) et intègre la marge commerciale) par rapport à l'année précédente, hausse qui intervient l'année où, pour la première fois, l'addition des parts de marché offertes par les pétroliers correspond à 100 % des besoins d'Air France ; que d'une part, les contestations des requérantes relatives à la rigidité des volumes ne peuvent, au vu des constatations figurant aux n° 397 à 408 de la Décision, et plus particulièrement au n° 397, être retenues ; qu'en effet, malgré le risque d'exclusion du marché, risque résultant de la nature même de la procédure mise en place par Air France (Cf Décision n° 46 et suivants, 219 et 220), chaque compagnie a choisi, lors de l'appel d'offres de 2002, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à présenter, contrairement aux années précédentes, des offres rigides sans options de volume ou de durée et ne pas modifier les volumes respectivement offerts au cours de l'appel d'offres et donc à restreindre les parts de marché et exclure des possibilités de négociation sur les prix ; que les compagnies pétrolières ne pouvaient anticiper une telle absence générale de flexibilité des volumes, d'autant plus anormale que l'arrivée d'un quatrième offreur en 2002 (à savoir Total qui avait été exclu en 2001) aurait dû conduire à une intensification de la concurrence (Décision n° 99, 102, 405 à 407) ; que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'une telle rigidité résulte de la poursuite d'intérêts propres à chacune d'entre elles ne résistent pas à l'analyse ; qu'en particulier, la volonté invoquée de réduire les volumes afin de diversifier la clientèle est contredite par le fait qu'Air France constituait, pour les pétroliers, un débouché après la faillite des compagnies aériennes AOM et Air Lib (Cf Décision n° 442 à 451) ; que c'est par des motifs que la cour adopte que la Décision écarte l'argumentation des requérantes selon laquelle leur expérience leur aurait permis d'anticiper le comportement de leurs concurrents (Cf notamment n° 361, 424, 426, 458 sur le comportement de Shell, n° 73, 80, 100 et 459 sur celui de Chevron et n° 102, 295 à 298, 302 et 407 s'agissant de Total) ; qu'en outre, il ne peut être soutenu que la circonstance que le total des offres des requérantes couvrait 100 % des besoins d'Air France est probable et explicable par un comportement individuel rationnel alors que, même en admettant les calculs de probabilités soumis par Total bien qu'ils reposent sur des hypothèses discutables, il n'existe qu'une chance sur 20 que le total des offres soit exactement égal à 100 % et qu'en outre, la Décision écarte exactement les explications des autres requérantes (n° 474 à 479) ; qu'enfin, l'argumentation des parties tirée du comportement d'Air France lors de l'appel d'offres doit être écartée en raison des développements qui précèdent sur ce point et par référence aux motifs de la Décision (n° 267, 268, 460 à 473 et 476) ; que d'autre part, les

contestations des requérantes relatives à la hausse simultanée et sensible des prix offerts en 2002 par rapport à ceux de 2001, ne peuvent au vu des constatations de la Décision figurant aux n° 409 à 413, être retenues et ce, que la comparaison porte sur les offres du premier tour de 2002 avec les résultats de l'appel d'offres de 2001 (ou le dernier proposé par l'offreur non retenu en 2001) ou bien que la comparaison soit effectuée, comme l'entendent les requérantes, entre les offres du premier tour de 2002 et celles du premier tour de 2001 ; que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'elle résulte d'une stratégie propre à chacune d'entre elles ont été écartées par la Décision par des motifs qui ne sont pas utilement contredits et que la cour adopte (n° 414 à 441) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision a établi une concertation anticoncurrentielle entre les compagnies pétrolières lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ; que la preuve d'une telle concertation résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, indices constitués des éléments matériels sus-rappelés qui sont confortés et éclairés par les indices tirés des comportements sus-analysés qu'ont eu les entreprises et qui sont dépourvus de toute logique extérieure à l'entente ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE sur l'imputabilité des pratiques à la société Total Outre-Mer, la société Total Outre-Mer demande à la cour de constater qu'elle n'est jamais intervenue dans les négociations avec Air France, qu'elle n'a jamais exercé aucune activité de fourniture de carburéacteur aux compagnies aériennes à la Réunion et de dire et juger qu'il n'existe aucune preuve de sa participation à une quelconque concertation avec les sociétés sanctionnées par la Décision au cours des négociations menées avec Air France en 2002 concernant la fourniture du carburéacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion, sachant que Total Outre-Mer n'a pas fourni de carburéacteur à Air France ; que les éléments du dossier (Cf Décision n° 312 à 341) établissent la participation de la société Total Outre-Mer dans le déroulement de l'appel d'offres, cette société ayant notamment servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres par Total Réunion ; que le Conseil était fondé à estimer que la responsabilité de la société TOM devait être retenue concomitamment à celle de Total Réunion et à répartir entre elles la sanction infligée au groupe Total (Cf Décision n° 499 à 502 et 528) ;

1°) ALORS QUE la participation d'une entreprise à une entente globale impliquant d'autres entreprises que celles avec laquelle elle s'est directement concertée, n'est établie que s'il est démontré que l'entreprise en cause a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en oeuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque ; qu'en se bornant à retenir par des motifs propres et expressément adoptés,

pour établir la participation personnelle de la société Total Réunion à une entente globale avec les sociétés Shell Esso et Chevron Aviation, qu'il résulte d'un courriel interne au groupe Total en date du 17 octobre 2002, soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause, relatant une conversation entre Mme Daisy A (Total Outre-Mer) et M. Joël G (Total Trading) relative à une méthode de calcul de la structure de coûts et de renseignements obtenus par Mme Daisy, la cour de renvoi qui n'a pas caractérisé la participation de Total Réunion à l'entente a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en se fondant sur un courriel interne du groupe Total en date du 17 octobre 2002 pour établir la participation personnelle de la société Total Réunion à une entente, tout en constatant que les informations dont la société Total Réunion aurait bénéficié à cette occasion étaient partiellement erronées, ce dont il résulte que la prétendue concertation n'a pas été suivie d'effet, la cour de renvoi a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en reprochant à la société Total Réunion d'avoir participé à une concertation avant le premier tour de l'appel d'offres fixé au 30 septembre 2002, tout en constatant que les courriels internes des groupes Shell et Total censés établir cette concertation étaient datés du 17 octobre 2002 soit entre le 2^{ème} et le 3^{ème} tour de l'appel d'offres en cause, la cour de renvoi a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE seuls sont prohibés les échanges d'informations entre entreprises concurrentes en vue de fausser le libre jeu de la concurrence ; qu'en considérant que la procédure sui generis improprement qualifiée « d'appel d'offre » mise en oeuvre à la discrétion de la société Air France constituait à tout le moins un appel à la concurrence, tout en admettant qu'il n'était pas exclu « qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ce dont il résulte que la société Air France elle-même ne respectait pas les conditions concurrentielles qu'elle prétendait avoir édictées, la cour de renvoi a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Total Réunion dirigé contre la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE (...) aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce : "Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante." (...)

QUE les sociétés du groupe Total soutiennent que les sanctions de 5,5 millions euros (Total Réunion) et de 4,4 millions euros (Total Outre-mer) prononcées à leur encontre sont disproportionnées ; qu'elles font valoir : - sur la gravité des pratiques: que celles-ci concernent un marché local et restreint et ont été d'une durée limitée à un an ; que Total Réunion ajoute qu'il n'a pas tenu compte du fait qu'elle n'a obtenu que 13 % du marché ; - sur le dommage à l'économie: que l'analyse ne peut être menée comme s'il s'agissait d'une procédure d'appel d'offres ; que les pratiques ne concernent que la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion et la concurrence ne s'exerce que sur le différentiel ; que la Décision omet de prendre en compte la spécificité de ce marché et la puissance d'achat des compagnies aériennes dont Air France qui procède parfois par offres couplées sur plusieurs escales ; qu'il n'est pas démontré qu'Air France aurait subi ou répercuté un éventuel surcoût dans le prix des billets d'avion ; que la société Total Réunion conteste la majoration de la sanction retenue par la Décision pour réitération, exposant que les pratiques visées par la décision du Conseil du 19 octobre 1993 sont différentes et anciennes ; qu'elle ajoute que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation sur la proportionnalité de la sanction et ce, au regard de son chiffre d'affaires et du faible volume de carburéacteur vendu à Air France en 2002 par rapport aux autres entreprises sanctionnées, et au regard de la valeur des ventes affectées qu'elle a réalisées qui aurait dû conduire à lui appliquer, par application du Communiqué sur les sanctions, une sanction très inférieure ; que, selon la société Total Outre-mer, les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil reviennent à sanctionner deux fois les pratiques commises par Total Réunion dès lors qu'elle-même n'est pas intervenue dans les négociations avec Air France et n'a pas fourni de carburant ; que cette société ajoute que la sanction est disproportionnée au regard de la valeur des ventes affectées (...)

QUE sur la gravité des pratiques, contrairement à ce qui est soutenu, les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un sur-profit sont, par nature, des infractions particulièrement graves ; que l'OCDE les qualifie d'ententes "injustifiables" ; que l'entente en cause est de cette nature ; que la Décision rappelle à juste titre que la gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence ; que la pratique en cause tend à tromper la société Air France, acheteur, sur la réalité et les effets de la concurrence entre les entreprises mises en concurrence ; qu'elle revêt de ce fait, par sa nature même, un caractère de gravité qui n'est pas atténué par le fait qu'ainsi qu'il a été dit, le marché en cause est un appel d'offres privé ; qu'il ne peut, au vu des faits exposés aux numéros 105 à 115 de la Décision, être soutenu qu'un certain niveau de concurrence a subsisté malgré les pratiques mises en oeuvre par les requérantes alors que celles-ci ont, de concert, offert au premier tour des quantités dont le total correspondait exactement aux besoins d'Air France et ont, lors des tours suivants, peu modifié leurs offres en volumes et en prix, contraignant Air France à accepter des propositions comportant en 2002 une hausse du différentiel de prêt de 30 % par rapport à l'année précédente ; que sont impliquées dans cette entente des entreprises appartenant à des groupes mondiaux ; que l'entente concerne toutes les entreprises mises en concurrence par Air France, étant rappelé que, pour les vols directs de grandes distances à partir de la Réunion, les compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs qu'à cette escale ; qu'en outre, si la pratique revêt un caractère instantané en ce qu'elle a été mise en oeuvre à l'occasion de l'appel d'offres de 2002, ses effets se sont continués dans le temps durant toute l'année 2002-2003 durant laquelle ont été exécutés les contrats résultant de cet appel d'offres ; qu'enfin, les critiques des requérantes quant à l'absence de prise en compte de la taille des marchés affectés par les pratiques seront examinées au titre du dommage causé à l'économie et l'argument de la société Total Réunion relatif à sa part dans le marché concerné au titre de l'individualisation de la sanction ; qu'il résulte de ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à contester l'appréciation par la Décision de la gravité particulière de l'entente en cause ;

QUE sur le dommage à l'économie, l'Autorité rappelle exactement qu'il doit être procédé à l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage à l'économie en tenant compte de tous les aspects de la perturbation générale apporté au fonctionnement normal et concurrentiel des marchés par la pratique en cause ; que le dommage causé à l'économie ne se limite pas aux préjudices qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction ou aux sur-profits qu'ont pu réaliser ses auteurs ; que sont par conséquent inopérants les arguments des parties tendant à soutenir que le dommage causé à l'économie serait en l'espèce nul ou à tout le moins limité au

sur-profit réalisé par les compagnies pétrolières du fait de l'augmentation du différentiel ou au surcoût payé par Air France ; qu'en outre, la Décision n'a pas présumé le dommage (n° 516 à 523) et a, contrairement à ce qui est soutenu, tenu compte notamment de la taille des marchés affectés par la pratique en cause ; que la Décision relève, en effet, pour apprécier le dommage à l'économie, que l'ordre de grandeur du marché de fourniture de carburéacteur à Air France sur l'escale de la Réunion représente un coût pour l'acheteur de l'ordre de 23 millions euros et que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représente le tiers environ de cette somme (n° 519) ; qu'en outre, s'agissant du marché connexe du transport aérien de voyageurs entre la Réunion et la métropole, dès lors que le prix du kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur ; que c'est également à juste titre que, pour apprécier le dommage en l'espèce causé à l'économie, la Décision tient aussi compte d'une part du fait que l'entente a été organisée par des compagnies pétrolières appartenant à des groupes mondiaux, "majors du secteur", qui avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché, et a ainsi causé un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs, d'autre part, du fait que, sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux prix du kérosène qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'en outre, la demande émane sur l'île de la Réunion d'une clientèle captive car les compagnies aériennes ne peuvent s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion et auprès des compagnies pétrolières membres des GIE dont l'existence constitue, au moins à court terme, une barrière à l'entrée du marché (n° 221 à 227) et enfin du fait que si le dommage est élevé sur les marchés locaux au regard de l'importance du transport aérien pour l'île de la Réunion, il reste limité au regard de la taille des entreprises mises en cause ; qu'enfin, si les requérantes sont fondées à soutenir non établi le fait que l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de la Réunion serait potentiellement affecté, cette circonstance n'est pas, compte tenu des éléments sus-mentionnés, de nature à remettre en cause l'appréciation par la Décision de l'importance du dommage à l'économie ; que le dommage causé à l'économie a, contrairement à ce qui est soutenu, été exactement apprécié par la Décision ;

QUE sur la réitération, il n'est pas contesté que la société Total Réunion a succédé, sous le même numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, à la société Total Réunion Comores ; que par décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993, le Conseil de la concurrence a sanctionné les sociétés Total Réunion Comores et Elf Antar France pour des pratiques contraires aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce) mises en oeuvre sur le marché de la distribution du

carburacteur dans le département de la Réunion, ces pratiques ayant pour objet ou pour effet d'interdire l'accès de la société Esso Réunion audit marché ; que de telles pratiques ont un objet similaire à celui des pratiques actuellement en cause en ce qu'elles tendent à fausser le jeu de la concurrence entre compagnies pétrolières au préjudice des compagnies aériennes présentes sur l'île de la Réunion ; que, contrairement à ce que soutient la société Total Réunion, il importe peu que la structure du marché ait changé avec l'arrivée de nouveaux entrants ou que sa propre part de marché avec les compagnies aériennes ait diminué ; qu'il en résulte que c'est à juste titre que le Conseil a retenu la réitération, étant observé que la Décision tient compte de l'ancienneté du premier constat d'infraction (n° 530) ;

QUE sur le montant des sanctions, la Décision retient avec justesse que si les entreprises en cause portent chacune une responsabilité identique dans la mise en oeuvre de l'entente dont chacune avait la puissance suffisante pour se désolidariser, le profit qu'elles en ont respectivement tiré est proportionnel à la part de marché obtenue, à savoir 13 % pour les sociétés du groupe Total, 25 % pour le groupe Chevron, 30 % pour le groupe Shell et 32 % pour le groupe Exxon ; que ni les montants des chiffres d'affaires des groupes en cause en 2007, qui constituent le plafond légal des sanctions respectivement encourues, ni ceux des chiffres d'affaires respectifs en 2007 des sociétés sanctionnées ne sont pas contestés ; qu'il est sur ces points fait référence à la Décision, n° 525 à 536 ; que les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce n'imposant pas une assiette de sanction, les requérantes ne sont pas fondées à critiquer la Décision en ce qu'elle a calculé les sanctions à partir du chiffre d'affaires global réalisé par chacune des entreprises mises en cause au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2007 et non à partir de la valeur des ventes affectées, étant vérifié que le montant des sanctions ne dépasse pas pour chacune d'elle le plafond légal ; que les requérantes ne peuvent se prévaloir du communiqué de procédure du 16 mai 2011 de l'ADLC "relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires" qui est postérieur à la Décision ; que ce n'est donc qu'au surplus qu'il est observé que ledit communiqué confirme que la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique des pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre à l'occasion d'un appel d'offres et du poids relatif des entreprises qui y prennent part ; qu'enfin, ainsi qu'il a été vu ci-dessus, la société Total Outre-mer ne peut soutenir que les sanctions prononcées reviennent à sanctionner deux fois des pratiques commises par la société Total Réunion ; que les développements qui précèdent conduisent la cour à considérer que c'est à tort que les requérantes soutiennent que le Conseil n'aurait pas proportionné les sanctions à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation des groupes auxquels appartiennent les entreprises et, s'agissant de Total Réunion, à la réitération de pratiques anticoncurrentielles et contestent le montant des sanctions déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée, de façon motivée ; qu'il

en résulte que les demandes des parties tendant au remboursement des sommes versées au titre des sanctions et des frais de publication de la Décision doivent être écartées ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les recours doivent être rejetés ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE même à supposer établis les faits, invoqués par les requérantes, qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ces faits ne seraient pas de nature à remettre en cause les constatations de la Décision relatives à l'organisation des appels d'offres d'Air France.

1°) ALORS QUE l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète tenant notamment compte des facteurs d'aggravation et d'atténuation de la pratique incriminée ; qu'en affirmant péremptoirement que « les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un sur-profit sont, par nature, des infractions particulièrement graves, que l'OCDE les qualifie d'ententes "injustifiables" (et que l'entente en cause est de cette nature », la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE le dommage à l'économie n'est suffisamment déterminé que si les estimations du Conseil de la concurrence du prix payé par les clients sont fondées sur une méthode scientifiquement reconnue ; qu'en décidant que le Conseil de la concurrence avait suffisamment évalué le dommage à l'économie, bien que sa motivation générale et abstraite ne reposait sur aucune méthode scientifiquement reconnue, la cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en considérant, pour évaluer le dommage à l'économie que la société Air France était en situation de demandeur captif sur le marché du carburéacteur de la Réunion, après avoir admis « qu'il ait pu arriver qu'Air France négocie une partie des volumes avec certains fournisseurs avant d'inviter tous les fournisseurs à formuler une offre, ou que Air France ait permis à des fournisseurs d'adresser une offre sur des escales ne figurant pas sur la liste initialement adressée à tous ou encore qu'Air France n'ait pas toujours retenu l'offre la moins disante à la Réunion afin d'obtenir de meilleures conditions sur une autre escale, ce dont il résulte que la société Air France disposait d'une marge de négociation importante avec les compagnies pétrolières, la cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE de nouvelles pratiques anticoncurrentielles ne constituent une réitération que si elles sont identiques par leur nature et leur objet aux précédentes ; qu'en affirmant, pour retenir la circonstance aggravante de réitération à l'encontre de la société Total Réunion, que les pratiques précédemment sanctionnées en 1993 ont un objet similaire à celui des pratiques actuellement en cause en ce qu'elles tendent à fausser le jeu de la concurrence entre compagnies pétrolières au préjudice des compagnies aériennes présentes sur l'île de la Réunion, après avoir constaté que les pratiques anticoncurrentielles relevées par la précédente décision avaient eu pour objet ou pour effet d'interdire l'accès au marché d'une compagnie pétrolières aujourd'hui partie à l'entente, ce dont il résulte que l'objet des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées était différent, obstacle à l'entrée sur le marché d'une compagnie pétrolière en 1993 et entente sur les prix en 2008, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Moyen produit par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Esso société anonyme française (Esso SAF), demanderesse au pourvoi n° Y 13-16.955

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir dit recevable l'intervention de la société Air France ;

Aux motifs que « qu'aux termes de l'article R.464.17 du code de commerce : "Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article R. 464-12 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14." ; qu'en l'espèce, à la suite des recours déposés les 11 et 12 janvier 2009 contre la Décision par les sociétés requérantes - qui ont, dans les cinq jours suivant le dépôt de leur déclaration de recours, adressé à la société Air France copie de cette déclaration conformément aux dispositions de l'article R. 464-14 du même code, la société Air France s'est jointe à l'instance par déclaration déposée au greffe de la cour d'appel le 12 février 2009 ; que, contrairement à ce que soutient cette société, son intervention ne peut être qualifiée d'intervention volontaire accessoire au sens de l'article 330 du code de procédure civile ; qu'il s'agit d'une intervention volontaire par jonction à l'instance au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce formée par une société qui était partie en cause devant le Conseil qu'elle avait elle-même saisi en invoquant des pratiques anticoncurrentielles reprochées aux compagnies pétrolières ; que la déclaration de la société Air France du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et énonce l'objet de son intervention ; "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; que cette déclaration d'intervention est ainsi motivée : "le conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que l'intervenante, qui a fait référence à la décision du Conseil dont la motivation était connue de toutes les requérantes, a ainsi précisé approuver tant en fait qu'en droit la motivation de cette décision ; qu'il ne peut être soutenu que sa déclaration d'intervention n'était pas motivée au sens de l'article R. 464-17 du code de commerce ; qu'il en résulte que la réserve de l'intervenante relative à la précision ultérieure de "moyens à l'appui de son intervention" ne peut être interprétée comme une référence à l'article R. 464-12, 2° du code de commerce qui ne trouve application que lorsque la déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que cette réserve ne peut être comprise que comme l'indication que l'intervenante entendait conclure à nouveau et ce, au surplus, d'autant plus que les délais

dans lesquels les entreprises sanctionnées ayant formé un recours contre la décision du Conseil devaient exposer leurs moyens n'étaient pas expirés à la date de l'intervention ; que l'intervention de la société Air France est par conséquent recevable » (arrêt, p. 6 et s.) ;

Alors que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant le Conseil, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ; que après avoir constaté que l'intervention de la société Air France ne portait pas d'autre mention qu'une formule de style approuvant de façon abstraite la décision du Conseil de la concurrence et que, bien au contraire, elle entendait présenter les moyens venant au soutien de son intervention dans des écritures ultérieures et en tout cas postérieures à l'expiration du délai de deux mois, ce dont il résultait que l'intervention n'était pas motivée dans le délai prescrit, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, dans leur rédaction applicable en la cause ;

Alors, en tout état de cause, que la décision du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence, autorité administrative, n'est pas un jugement, pas plus que le recours formé à son encontre n'est un appel, de sorte que la faculté offerte aux parties de s'approprier les motifs d'un jugement en en demandant la confirmation dans des conclusions d'appel issue de l'article 954 du code de procédure civile inscrit dans le Titre VI du livre II de ce code n'est pas ouverte aux recours soumis aux dispositions des articles R. 464-10 et suivants du code de commerce qui y dérogent expressément ; qu'en admettant que la société Air France ait pu motiver son intervention en se bornant à faire référence aux motifs contenus dans la décision du Conseil de la concurrence pour satisfaire aux exigences des articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, la cour d'appel les a violés, ainsi que l'article R. 464-10 du même code.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(sur l'application du droit de l'Union Européenne)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Esso SAF à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

Aux motifs que « que les sociétés requérantes soutiennent que l'article 81 du Traité CE (devenu l'article 101 du TRIE) n'est pas applicable, aucun des trois critères cumulatifs d'application du droit de l'Union n'étant en l'espèce rempli

dès lors qu'il n'existe pas d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique en cause et que cette pratique n'affecte pas, et en toute hypothèse pas l'objet façon sensible, le commerce entre Etats membres ; qu'elles font, en premier lieu, valoir qu'il n'existe pas d'échanges entre Etats membres portant sur les produits objet de la pratique ; que le marché de la fourniture de carburéacteur à la Réunion est un marché local de fourniture à Air France sur l'île de la Réunion, soit sur une partie d'un Etat membre, de carburant provenant de raffineries situées hors de l'Union européenne, peu important, pour décider de l'applicabilité du droit communautaire, que les offreurs de carburant soient implantés dans des pays de l'Union européenne ; que le transport aérien de passagers n'est pas l'objet de la pratique alléguée et qu'en tout état de cause, le marché prétendument connexe de transport de passagers vers la Réunion n'est pas "par nature" un lieu d'échanges entre Etats membres car la seule destination européenne desservie par Air France au départ de la Réunion où les touristes européens sont essentiellement originaires de France, est la France, seul Etat membre concerné ; qu'elles font, en deuxième lieu, valoir que l'affectation du commerce entre Etats membres n'est pas caractérisée s'agissant d'une entente horizontale entre filiales de multinationales sur un marché local ; que cette pratique n'est pas par nature susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres sur le marché de la fourniture à Air France de carburéacteur à la Réunion alors qu'il s'agit d'une pratique locale, limitée à une partie du territoire de la Réunion, peu importante l'implantation des entreprises en cause ; que la pratique n'est pas susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres sur le marché du transport aérien de passagers entre la Réunion et la métropole ; que l'affectation du prix du billet d'avion ne peut qu'être indirecte car le produit concerné par la pratique est le carburéacteur et qu'elle est sans incidence sur l'activité transfrontalière d'Air France qui n'utilise le carburéacteur avitaillé à la Réunion que pour ses vols au départ de la Réunion vers la France métropolitaine ; qu'en outre, si l'affectation du prix du billet était établie, elle serait très faible car seul le "différentiel" aurait pu être affecté par la pratique ; que l'incidence des pratiques sur ce dernier marché est hypothétique et spéculative ; qu'elles soutiennent, en troisième lieu, qu'à la supposer établie, l'affectation du commerce entre Etats membres n'est pas sensible ; qu'elles font notamment valoir que les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2011 et du 31 janvier 2012 font l'un et l'autre application, dans des situations différentes, des critères d'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres énoncés par les lignes directrices en cas d'accords ne couvrant qu'une partie d'un Etat membre ; qu'en effet, le second arrêt concerne principalement des pratiques d'abus de position dominante qui sont cumulées à des ententes, ce qui impose une analyse multi-critères, alors que, dans la présente affaire relative à une entente et ayant donné lieu au premier arrêt, les points 90, 92 et 30 des lignes directrices conduisent à faire application d'un critère principal (dit du ratio : rapport entre le volume des ventes affectées et le volume national des ventes) et d'un critère complémentaire tiré de l'atteinte à une partie substantielle du marché

commun ; que ces deux critères applicables en matière d'entente sur une partie d'un Etat membre ne sont en l'espèce pas satisfaits ; que, s'agissant du critère principal, le volume des ventes de carburéacteur à Air France à l'aéroport de la Réunion par les sociétés du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003 (71 tonnes) n'a représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France et le nombre de passagers Air France au départ de La Réunion que 0,15 % à 0,18 % du nombre de passagers aériens en France ; que, s'agissant du critère complémentaire, l'entente alléguée n'a pu avoir pour effet d'empêcher des concurrents d'avoir accès à une partie d'Etat membre alors, d'une part, que les pratiques ne concernent pas des importations ou des exportations et qu'aucun concurrent n'a essayé d'entrer sur le marché en 2002/2003 et alors, d'autre part, que la Réunion (2 512 km², et en 2003, 763 200 habitants et un PIB représentant 0,7 % du PIB français) et son aéroport (en 2003 : 1 464 629 passagers et 494 tonnes de fret) ne peuvent être considérés comme une partie substantielle du marché commun ; qu'elles ajoutent que les autres critères visés par l'ADLC, le Ministre et Air France ne permettent pas d'établir le caractère sensible de l'affectation ; qu'aux termes de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE : "Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun." ; que le critère d'affectation du commerce, qui conditionne l'application de ce texte, a été explicité par les juridictions communautaires ; que les "lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité", ci-après les lignes directrices ou LD (Communication de la Commission 2004/C 101/07, JOUE du 27 avril 2004) ont notamment pour objet d'exposer les principes dégagés jusqu'à cette date par lesdites juridictions, étant rappelé que ces LD (n° 4 et 16) n'abordent pas la question de "ce qui constitue une restriction sensible du jeu de la concurrence" (traitée par la Communication concernant les accords d'importance mineure) qui est une question "distincte de la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres" ; que les LD présentent, pour l'application de la notion d'affectation du commerce, une "méthodologie" à laquelle s'est à juste titre référée la Décision ; qu'il doit, en outre, être tenu compte dans le cadre du présent recours, des observations versées aux débats, qui ont été présentées par la Commission européenne en tant qu'"amicus curiae" à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de cette Cour du 31 janvier 2012 (B. 16) discuté par les requérantes ; qu'il doit également être rappelé que "le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas" ; qu'il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence qui n'est pas applicable aux accords et pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres (lignes directrices n° 12) ;

qu'il en résulte que l'analyse ne peut être menée par analogie avec d'autres décisions rendues dans des situations qui ne sont pas en tous points analogues ; que les lignes directrices (n° 18) précisent que "l'application du critère de l'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments a) la notion de "commerce entre Etats membres", b) la notion de "susceptible d'affecter", c) la notion de caractère sensible" ; que cette approche est suivie par les parties ; que s'agissant, en premier lieu, de "la notion de "commerce entre Etats membres", il est fait référence à la jurisprudence exposée aux n° 19 à 22 des lignes directrices ainsi rédigés : 19. La notion de « commerce » n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement. Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. 20. D'après une jurisprudence constante, la notion de «commerce» englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence. Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette entreprise. La condition de l'existence d'une affectation du commerce « entre États membres » suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres. Il n'est cependant, pas indispensable que l'accord ou la pratique affectent le commerce entre l'ensemble d'un Etat membre et l'ensemble d'un autre Etat membre. En effet, les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un État membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible. "22. L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational." ; que la notion de commerce ainsi définie vise les échanges de produits et ceux de services ; que sont, en l'espèce, concernés tant les échanges concernant le carburéacteur que ceux, connexes auxquels ces échanges sont destinés, à savoir les services de transports aériens ; que la décision retient exactement qu'en l'espèce, les échanges entre Etats membres concernent : - non seulement le marché direct de la vente de carburéacteur dont le fonctionnement est décrit par la Décision (n° 29 et suivants) ; que les offreurs sur les marchés sur appel d'offres organisés par Air France pour son escale de la Réunion sont des entreprises internationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de l'Union dont la France et le Royaume-Uni, étant observé que sur l'appel d'offres de 2002 en cause, trois des entreprises qui ont soumissionné avaient leur siège à Londres ou dans sa proche banlieue ; qu'en outre, l'achat du carburéacteur fourni sur l'île de la Réunion

est, selon un accord entre les pétroliers, effectué à tour de rôle par la société de "trading" d'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies (Décision n° 33) dont trois sont établies au Royaume-Uni ; - mais aussi le marché connexe du transport de passagers entre la Réunion et la métropole, étant observé que la Réunion est une destination touristique et que les liaisons aériennes avec l'île se faisant à partir de la France continentale sont susceptibles d'être utilisées par des voyageurs en provenance ou à destination de tout Etat membre de l'Union européenne, peu important à cet égard que les passagers en provenance et à destination d'un Etat membre autre que la France soient, de fait, très minoritaires ; que c'est, au vu de ces éléments, à juste titre que la Décision retient qu'il existe des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés par la pratique, peu important que le carburéacteur servant à l'avitaillement des avions Air France ait initialement été acquis par les compagnies pétrolières en cause auprès de pays tiers à l'Union européenne ; que s'agissant, en deuxième lieu, de la notion de "susceptible d'affecter" qui a pour rôle de définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre Etats membres, il est fait référence aux numéros 23 à 43 des lignes directrices qui présentent une synthèse de la jurisprudence communautaire ainsi qu'aux illustrations de la section 3 des mêmes LD, étant rappelé que dans ces lignes directrices, le terme "produits" désigne les produits et les services (note 10) ; qu'il en résulte notamment : - que cette notion "suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres" (n° 23) ; - "qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre Etats membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est « de nature » à affecter le commerce entre Etats membres" ; qu'il n'y a ni obligation ni nécessité de calculer le volume réel du commerce intracommunautaire affecté par l'accord" (n° 26 et 27) ; - que "l'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause (n° 2a)" ; - que "l'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre Etats membres peut être "directe ou indirecte, actuelle ou potentielle" (n° 36) ; que l'influence directe est normalement en rapport avec les produits concernés par l'accord (n° 37) et qu'il n'est pas rare que l'influence indirecte soit en rapport avec des produits apparentés à ceux concernés par l'accord, mais peut être en rapport avec ces produits (n° 38 et 39) ; que "Ce qui compte, c'est la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres et non de savoir si, à un moment donné, ils l'affectent réellement ; que l'intégration de l'influence indirecte ou potentielle dans l'analyse de l'affectation du commerce entre Etats membres ne signifie nullement que cette analyse peut reposer sur une

influence éloignée ou hypothétique", (n° 42 et 43) ; que, si ainsi que le soulignent les requérantes, l'île de la Réunion ne représente qu'une partie du territoire national, l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause car le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision (n° 175), "il n'existe pas de seuil quantitatif a priori permettant de déclarer que le commerce intracommunautaire n'est pas susceptible d'être affecté" ; que les entreprises auxquelles il est reproché de s'être concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour la fourniture en carburéacteur de son escale à la Réunion, sont des filiales de groupes pétroliers mondiaux et possèdent des établissements dans plusieurs États membres de l'Union européenne ; que le carburéacteur ainsi vendu à Air France est préalablement acquis à tour de rôle par la société de "trading" d'une des mêmes entreprises ; qu'il est inopérant pour les requérantes d'invoquer la provenance géographique du carburéacteur qu'elles ont vendu à Air France après l'avoir, pour certaines, acquis sur un territoire de l'Union européenne (Cf Décision n° 33) ; que la pratique reprochée aux requérantes est une entente horizontale de répartition de marché entre tous les participants à un appel d'offres annuel ; qu'un tel accord aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un profit affecte la structure même de la concurrence ; que si, ainsi que soutient la société Esso, aucune autre entreprise pétrolière n'avait, à l'époque des faits, manifesté la volonté de s'implanter sur l'île de la Réunion pour servir la demande des compagnies aériennes, il n'en demeure pas moins que l'entente en cause était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion, marché qui, ainsi que le rappelle la Décision (n° 37 à 42) s'était déjà jusqu'en 2001 ouvert à d'autres entreprises ; qu'il n'est pas sérieusement contestable que le coût du carburéacteur constitue une composante significative du prix de vente d'un billet d'avion et qu'une variation du prix du carburéacteur, produit concerné par l'entente incriminée, est donc susceptible d'avoir une incidence directe sur le prix du billet d'avion acquitté par les passagers et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de vols "longs courriers" ; que sont concernés tous les passagers Air France qui font un aller-retour entre la Réunion et Paris ou, via Paris, entre la Réunion et un autre pays de l'Union ; qu'ainsi, l'entente reprochée, qui affecte directement le prix du carburéacteur vendu à Air France à la Réunion et donc celui du billet d'avion, est indirectement susceptible d'avoir une incidence sur les activités transfrontalières de la société Air France qui, de la Réunion à ou via Paris, permet le transport de passagers européens, français ou non (et provenant ou retournant de ou sur l'ensemble du territoire français ou, via ce territoire, de ou sur celui d'autres États membres) ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'influence de la pratique en cause sur les courants d'échanges entre États membres n'apparaît ni hypothétique, ni spéculative (Cf LD n° 43) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les

requérantes ne sont pas fondées à reprocher à la Décision d'avoir retenu que l'accord en cause avait la capacité d'affecter le commerce entre États membres ; que s'agissant, en troisième lieu, de "la notion de caractère sensible", il est fait référence aux lignes directrices en ce qu'elles rappellent la jurisprudence communautaire (notamment LD n° 44 à 57 et n° 89 à 92), aux observations d'"amicus curiae"

sus-visées et à la jurisprudence de la Cour de cassation discutée par les parties : Com 1 mars 2011 intervenu dans la présente affaire et Com 31 janvier 2012 susvisé b ; que les Lignes directrices, dans la section 2, explicitent "la notion de caractère sensible" en ces termes 91. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière. 92. Pour les cas de cette catégorie, on pourra trouver certaines orientations dans la jurisprudence relative à la notion, dans l'article 82, de partie substantielle du marché commun... Les accords qui, par exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres États membres d'avoir accès à une partie d'un État membre constituant une partie substantielle du marché commun devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre États membres ; que la Commission européenne a souhaité, dans l'affaire précitée ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2012 (B. 16), présenter devant la Cour de cassation, saisie de pourvois contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, des observations en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ; que la Commission a indiqué (Cf ses observations n° 8, 14 et 16 notamment) que les raisons de son assistance en tant qu'"amicus curiae" tenaient au fait : - que l'arrêt de la cour d'appel du 23 septembre 2010 - qui avait "appliqué, sans le citer, le test du paragraphe 90 des Lignes directrices" (à savoir, un volume des ventes affecté significatif par rapport au volume des ventes globales des produits en cause à l'intérieur de l'État membre en cause) - avait fait une interprétation restrictive de la notion d'affectation sensible du commerce entre États membres, - qu'elle considérait que par une telle interprétation restrictive, l'arrêt de la cour d'appel "s'écarte du droit de l'Union tel qu'il est interprété par les juridictions de l'Union et propose une interprétation erronée des Lignes directrices", - et qu'elle estimait qu'une telle interprétation "est de nature à mettre en péril la mise en oeuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE en France ainsi que l'application cohérente de ces textes dans les États membres et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence" ; que la Commission rappelle notamment que, "pour entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, il n'est pas exigé que les ententes visées aient affecté sensiblement les échanges communautaires, Il doit être établi que ces ententes sont de nature à avoir un tel effet" et explicite les points ci-dessus rappelés des Lignes directrices (en particulier LD n° 26 et 45) ; qu'elle précise notamment : - que "pour

apprécier l'effet sensible, l'application du seul critère tiré du volume des ventes posé par le paragraphe 90 des Lignes directrices appliqué isolément ne saurait se substituer à une analyse de l'ensemble des circonstances de la cause. Il ressort en effet de la jurisprudence que l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants"; - que "les Lignes directrices ne peuvent être interprétées comme permettant l'exclusion automatique et a priori du champ d'application des articles 101 et 102 du TFUE de certains territoires de l'Union ou de certaines pratiques. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit des dispositions pertinentes du Traité. A cet égard, il ressort également de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique décisionnelle de la Commission que des cas concernant des ports ou des aéroports peuvent avoir un effet sensible sur le commerce entre Etats membres" ; que, au vu tant des Lignes directrices ainsi explicitées que de la jurisprudence : - qu'il ne peut être soutenu qu'une analyse "multi-critères" ne serait pas nécessaire pour vérifier le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres et ce, que soit "en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un Etat membre" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012) ou "en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat" (situation visée par l'arrêt de la Cour de cassation prononcé le 1^{er} mars 2011 dans la présente affaire) ; que, contrairement à ce que soutiennent ou évoquent les parties, aucun élément ne permet de retenir que l'arrêt du 31 janvier 2012 établirait "un test nouveau combinant les deux méthodes classiques dont le test multicritère propre au cas d'abus de position dominante" (conclusions en réplique de Shell n° 67) ; - que les parties (Cf notamment mémoire en réplique de Total Réunion n° 73 à 115) ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment qu'en matière d'entente sur une partie d'un Etat membre, le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres dépend de « critères spécifiques » qui seraient celui du ratio (Cf ci-dessus) et celui de l'éviction d'une partie substantielle du marché commun, critères qui ne seraient, ni l'un, ni l'autre remplis en l'espèce ; - que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à Air France dit affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'ait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas "la capacité" d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres ; qu'en l'espèce : - que les compagnies pétrolières sont des entreprises de taille mondiale qui ont des activités dans l'Union européenne ; que les entreprises en cause sont, en effet, soit des "filiales aviation" de tels groupes pétroliers, soit leurs filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que le chiffre d'affaires cumulé des entreprises sanctionnées par la Décision s'élève, pour la seule vente de carburéacteur, à 16 milliards euros, se chiffrant selon les entreprises en millions ou en milliards euros ; - qu'ainsi qu'il a été dit, l'entente reprochée à ces entreprises était de nature à affecter

d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion ; qu'il est, en outre, observé que le marché du carburéacteur à la Réunion, représentant pour les années en cause un chiffre d'affaires d'environ 50 millions euros dont 22 millions pour le seul appel d'offres d'Air France, n'était pas insignifiant et pouvait donc être attractif ; - qu'il s'agit d'un marché pérenne dès lors que, pour les vols directs pour la métropole qui constituent la majorité des vol % il n'existe pas d'autres possibilités pour les compagnies aériennes que de s'approvisionner en carburéacteur à la Réunion (Cf : sur l'approvisionnement : Décision n° 212 et suivants) ; - que l'aéroport international de Saint-Denis de la Réunion ne peut être qualifié de petit « aéroport » alors qu'il n'est pas contesté qu'il s'agit du plus important aéroport français d'outre-mer avec un trafic de près de 1,5 million de passagers et de plus de 25 000 tonnes de fret pour les années en cause ; - que si les parties ne sont pas contredites lorsqu'elles font état des caractéristiques géographiques et économiques de l'île de la Réunion (Cf ci-dessus), force est de constater que la superficie de ce territoire est aussi, voir plus, importante que celle de certains Etats membres de l'Union européenne - qu'en outre, s'agissant d'une île très éloignée de la France métropolitaine et des autres territoires de l'Union, le transport aérien constitue un facteur de non-enclavement qui lui confère une importance spécifique, d'autant qu'il n'est contesté qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de vols pour les passagers vers d'autres destinations européennes que Paris ; que, dès lors, les vols La Réunion-Paris constituaient une escale vers les autres destinations européennes, peu important à cet égard la nationalité des passagers empruntant de fait ces vols longs courriers ; que la réunion de ces éléments qui, pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants, établit que l'entente reprochée aux requérantes était de nature à affecter sensiblement les échanges communautaires ; qu'il résulte de tout ce qui précède que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le droit de l'Union (article 101 du TFUE) est applicable en l'espèce » (arrêt, p. 8 à 16) ;

Alors d'une part que l'article 81 § 1^{er} du traité CE (devenu 101 § 1^{er} du TFUE) et le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne sont applicables que si le commerce intracommunautaire est affecté par la pratique en cause ; qu'il n'y a affectation du commerce intracommunautaire par l'effet d'une entente que lorsqu'il est possible que celle-ci exerce une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur la vente de produits ou services visés dans l'Etat membre concerné par des opérateurs d'autres Etats membres ; qu'en se fondant sur l'affectation possible du transport de passagers entre la Réunion et la métropole, sur la nationalité des parties à l'entente, sur le lieu de leur siège social et sur le fait que le transport aérien avait lieu entre un département d'outre mer et le territoire métropolitain pour juger qu'une entente sur le marché du carburéacteur de l'île de la Réunion était susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire, tandis qu'aucune de ces circonstances ne caractérisait une influence directe ou indirecte, actuelle

ou potentielle sur la vente de carburéacteurs en France par des opérateurs d'autres Etats membres, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des textes susvisés ;

Alors, d'autre part, que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres doit, en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat, être apprécié en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ; qu'en retenant que le seul fait que le volume des ventes de carburéacteur à Air France dit affecté par la pratique (volume réalisé à l'aéroport de la Réunion par les parties pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 octobre 2003) n'ait représenté que 1,24 % du volume de vente global de carburéacteur en France durant la même période, est insuffisant pour établir que l'accord en cause n'avait pas "la capacité" d'affecter de façon sensible le commerce entre Etats membres, pour finalement n'en tenir effectivement aucun compte, la cour d'appel a violé l'article 101, § 1^{er} du TFUE ;

Alors, de troisième part, que les avis délivrés par la Commission en application de l'article 15, paragraphe 3 du règlement n° 1/2003 dans le cadre d'un litige déterminé ne peuvent avoir valeur de chose interprétée au regard des textes de l'Union, la Cour de justice de l'Union ayant à cet égard le monopole de l'interprétation s'imposant aux juridictions des Etats membres ; qu'en se fondant, pour déterminer les règles applicables pour apprécier l'effet sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, sur un avis délivré par la Commission en qualité d'amicus curiae en application de l'article 15, paragraphe 3 du règlement n° 1/2003 dans le cadre d'un autre litige, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 101, § 1^{er} du TFUE ;

Alors, en outre, qu'en privilégiant l'avis délivré ponctuellement par la Commission en qualité d'amicus curiae en application de l'article 15, paragraphe 3 du règlement n° 1/2003 dans le cadre d'un autre litige, pour refuser de tenir compte du volume des ventes par rapport au marché national posé comme critère au paragraphe 90 des lignes directrices, par rapport à ces lignes directrices d'interprétation, d'application générale publiées au Journal officiel de l'Union européenne qui, au contraire, précisent que « la part de marché national à laquelle l'accès est interdit doit être important » (§ 90, in fine), la cour d'appel a violé le principe de sécurité juridique et de transparence, ensemble l'article 101 du TFUE ;

Alors, en tout état de cause, que la position dominante d'une entreprise sur un marché affaiblit nécessairement le degré de concurrence par cette seule position, ce qui est de nature à tempérer la portée des critères quantitatifs applicables lorsque doivent être appréciés ensemble des faits d'entente conjugués à l'exploitation abusive d'une position dominante ; qu'en s'appuyant sur l'avis de la Commission délivré à l'occasion d'un litige dans

lequel étaient poursuivis des faits d'entente et d'abus de position dominante et qui faisait au demeurant de l'application de l'article 102 du TFUE relatif aux abus de domination un des fondements de son interprétation, sans rechercher si cette interprétation était pertinente et devait prévaloir lorsque seuls des faits d'entente étaient poursuivis, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 101 du TFUE ;

Alors, enfin, que le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres s'apprécie par rapport aux critères tirés du volume des ventes sur le marché local concerné par les pratiques par rapport au volume des ventes globales des produits à l'intérieur de l'Etat membre concerné, posé par les lignes directrices et au demeurant non exclu par la Commission dans son avis litigieux, ainsi que la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, les parts de marchés, ainsi que le volume, en terme de chiffres d'affaires, des produits concernés par l'accord ; qu'en se fondant sur la « taille mondiale » des entreprises, le caractère potentiellement attractif de l'appel d'offres d'Air France, la pérennité du marché, la superficie de l'île de la Réunion par rapport à celle de certains Etats de l'Union et l'enclavement de cette île, la cour d'appel, qui en a déduit le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, s'est déterminée sur des éléments inopérants et étrangers en tous points aux critères posés par les lignes directrices, privant ainsi sa décision de base légale au regard du principe de sécurité juridique, ensemble l'article 101, § 1^{er} du TFUE.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

(Sur les opérations de visites et saisies pratiquées au Royaume-Uni)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Esso SAF à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

Aux motifs, d'une part, que « l'article 12 dudit règlement prévoit : "1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles, 2. Les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information. (...)". que ces dispositions sont éclairées notamment par les considérants 15 et 16 du même règlement. 15. Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. A cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les

Etats membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau. 16. Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire" ; qu'il résulte de ce règlement européen, d'application directe, que c'est à juste titre que la Décision (n° 185 et suivants) distingue trois étapes relevant de contrôles distincts la demande d'assistance qui est formulée par l'autorité nationale de concurrence qui souhaite en bénéficier, - l'autorisation et le déroulement de l'enquête mise en oeuvre par l'autorité destinataire de cette demande, l'utilisation des informations obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'enquête a été réalisée ; qu'en application de l'article 22 sus-rappelé du règlement, l'autorité de concurrence qui accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête y procède en appliquant son droit national et non celui du pays de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée ; que la Décision retient exactement que l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet Etat ; que les dispositions de l'article 22 du règlement ne peuvent être utilisées que pour la recherche d'une infraction relevant, à tout le moins, des dispositions des articles devenus 101 et 102 du TFUE ; qu'ainsi qu'il a été dit, le rapporteur général du Conseil a invoqué l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 112003 pour demander à l'autorité de concurrence britannique d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête ; qu'au vu des termes du courrier daté du 3 décembre 2004 par lequel cette assistance a été demandée, il ne peut être soutenu que le rapporteur général du Conseil a commis une "erreur manifeste d'appréciation" en estimant, au vu des éléments en sa possession, que les faits sur lesquels portaient la demande d'assistance pouvaient relever des articles devenus 101 ou/et 102 du TFUE ; qu'en effet, ce courrier, après un exposé du contexte factuel et procédural, des nécessités de l'enquête et des

qualifications possibles des pratiques en cause, fait notamment état de l'impact possible des pratiques en cause sur des compagnies pétrolières concurrentes, telle BP, et de l'impact du prix du kérosène sur le prix des billets d'avion ; que, sur la violation invoquée du principe de coopération loyale entre les autorités membres du Réseau Européen de Concurrence (REC), qu'il est observé que la plainte du 14 janvier 2003 dont Air France a saisi le Conseil était fondée tant sur les dispositions du droit national que sur celles du droit communautaire ; qu'en outre, si, dans un premier temps, le rapporteur général n'a visé que les dispositions du droit interne, il ne saurait en être tiré aucune conséquence dès lors qu'il n'était pas nécessaire au cours de l'enquête initialement menée en France d'invoquer le droit communautaire pour effectuer ou être autorisé à effectuer des investigations sur ce territoire ; qu'il est, au surplus, rappelé que les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs et la faculté qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport ainsi que de s'exprimer devant le Conseil ; que l'allégation selon laquelle l'affectation du commerce intracommunautaire n'aurait été qu'un "prétexte" tardif pour élargir une enquête jusqu'alors infructueuse, relève d'une simple affirmation d'autant moins fondée que le droit de l'Union est applicable en l'espèce ; que par ailleurs, s'agissant des circonstances invoquées dans la demande d'assistance du 3 décembre 2004 pour permettre à l'OFT de procéder au contrôle du bien-fondé de cette demande, demande que cette autorité peut accepter ou refuser, il convient de relever : - que, s'il est vrai que ce courrier mentionne que les autres compagnies aériennes qui desservent la Réunion effectuent des vols vers les villes européennes, en particulier italiennes, alors qu'à l'époque des faits, il n'existait pas de liaison aérienne de passagers entre la Réunion et les pays européens autre qu'entre la Réunion et la France métropolitaine, force est de constater qu'aucune conséquence ne pouvait être tirée de cette affirmation, - que, contrairement à ce qui est soutenu, ce n'est pas, à ce stade de l'enquête et au vu des développements qui précèdent relatifs à la notion de "susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres", de façon erronée que ce courrier mentionne que les pratiques "peuvent avoir eu un impact sur des compagnies européennes", que, par exemple BP "a potentiellement été affectée par les pratiques considérées" et que le prix du kérosène représente une partie importante du prix du billet d'avion et son augmentation affecte le commerce entre Etats membres ; - que les éléments invoqués par les sociétés Total pour soutenir que des omissions privent la demande d'assistance du 3 décembre 2004 de sa légalité apparaissent d'autant moins déterminants qu'il ne peut être soutenu que le droit communautaire aurait été "délibérément écarté" lors de l'enquête menée en France et que la décision publiée du Conseil du 19 octobre 1993 était citée dans ce courrier ; - qu'il n'est pas justifié "d'erreurs, d'inexactitudes et d'omissions" qui auraient été de nature à

empêcher l'OFT de "se prononcer en toute connaissance de cause" ; enfin, qu'en autorisant par écrit du 12 avril 2005, sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act), une enquête dans les locaux des entreprises concernées au Royaume-Uni, le Président de l'OFT a exercé une appréciation de droit et de fait sur la demande qui lui était présentée par l'Autorité française ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les conditions requises par l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et le principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC auraient été méconnus ; que pour soutenir que la demande d'assistance adressée à l'OFT le 3 décembre 2004 par le Rapporteur général du Conseil aurait dû être préalablement autorisée par le juge français, les sociétés Chevron et Esso invoquent les dispositions des articles L. 450-4 du code de commerce, les articles 6 et CEDH et la Charte des droits fondamentaux ; que les dispositions des articles L. 450-1 et L. 450-4 du code de commerce ne subordonnent pas à une autorisation judiciaire préalable la demande d'assistance formée par le rapporteur de l'Autorité de la concurrence auprès d'une Autorité d'un autre Etat membre dans le cadre de la procédure d'entraide prévue par l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 ; qu'en outre, ce règlement ne subordonne pas l'exécution d'une mesure d'enquête qu'une autorité nationale de concurrence peut mener sur son territoire en application de son droit national au nom et pour le compte d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre à l'autorisation préalable d'un juge de l'Etat pour le compte duquel la mesure est effectuée ; qu'ainsi qu'il a été dit, en vertu de l'article 22 dudit règlement, l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'Etat destinataire, en l'espèce le droit britannique ; qu'il n'appartient pas au juge français d'autoriser ou de contrôler le déroulement de mesures d'enquête sur d'autres territoires que son territoire national ; qu'en l'espèce, qu'après avoir reçu du rapporteur général du Conseil la demande d'assistance sus-mentionnée du 3 décembre 2004 formulée en application du règlement communautaire, le Président de l'OFT l'a acceptée en autorisant ses agents à enquêter sur le fondement de l'article 65 F de la loi britannique sur la concurrence de 1998 (Competition Act) ; qu'il est, à cet égard, rappelé que coexistent en droit britannique, deux types d'enquêtes incluant des visites dans les locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition délivré par un juge (article 65 G du Competition Act) et l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65 F du Competition Act) ; que, si ces procédures britanniques constituent un ensemble qui ne correspond pas exactement à la distinction du droit français entre les enquêtes dites "simples" qui reposent sur l'exercice de pouvoirs non coercitifs (article L. 450-3 du code de commerce) et les enquêtes dites "lourdes" prévues par l'article L. 450-4 du même code soumises à autorisation judiciaire, force est de constater que la procédure de l'article 65 F du Competition Act, utilisée en l'espèce, s'apparente plus à celle des enquêtes dites "simples" qui peuvent être réalisées sans autorisation judiciaire préalable et qu'en outre, c'est en accord avec les entreprises

concernées que les opérations d'enquête ont été réalisées par l'autorité britannique ; qu'en définitive, que sous couvert d'un défaut d'équivalence des garanties fondamentales en France et au Royaume-Uni, - au demeurant non établi, et ce, au surplus, d'autant moins que les droits nationaux français et britannique constituent des ensembles cohérents différents susceptibles de garantir de façon différente les droits fondamentaux des parties et qu'ainsi que le mentionne le considérant 16 sus-rappelé du règlement "les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents" - l'argumentation des requérantes tend en réalité tant à remettre en cause des mesures autorisées et exécutées au Royaume-Uni selon le droit britannique seul applicable par application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 qu'à faire apprécier par le juge français la conformité à la CEDH et à la Charte des droits fondamentaux des dispositions du Competition Act britannique ; que de tels contrôles relèvent du juge britannique que les parties ne soutiennent pas avoir saisi à cette fin ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'une autorisation du juge des libertés et de la détention aurait été nécessaire pour demander le 3 décembre 2004 l'assistance de l'OFT » (arrêt, p. 16 à 22) ;

Alors, d'une part, que la demande d'assistance adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre est subordonnée à une présomption d'infraction aux règles communautaires de la concurrence ; qu'en acceptant de prendre en compte les pièces saisies au Royaume-Uni à l'appui des poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorités et juridiction françaises, quand le risque d'infraction aux règles communautaires de la concurrence n'avait pas été visé par le rapporteur général avant la demande d'assistance, qui était indispensable dès lors que les investigations contestées avaient lieu au Royaume-Uni, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ainsi que de l'article 81 du traité CE devenu 101 du TFUE ;

Alors, d'autre part, subsidiairement, que ne peuvent être retenus comme preuves, dans le cadre de faits poursuivis et sanctionnés en France, devant les autorités et juridiction françaises, les éléments obtenus dans des conditions non conformes à la conception française de l'ordre public international ; que les exigences de l'ordre public international, au sens du droit international privé français, impliquent que les personnes concernées par une visite domiciliaire puisse obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ; qu'après avoir constaté que la procédure mise en oeuvre en l'espèce au Royaume-Uni pour procéder aux visites domiciliaires ressortissait au domaine des enquêtes réalisées sans autorisation judiciaire préalable, ce dont il résultait que les visites et saisies avaient été effectuées dans des conditions ne répondant pas aux exigences de la conception française de

l'ordre public international, la cour d'appel, qui a néanmoins admis que les pièces saisies dans ces conditions puissent être utilisées à l'appui des poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorité et juridiction françaises, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ;

Alors, en outre, que ne peuvent être retenus comme preuves, dans le cadre de faits poursuivis et sanctionnés en France, devant les autorité et juridiction françaises, les éléments obtenus dans des conditions non conformes à la conception française de l'ordre public international ; qu' il appartient au juge appelé à exercer son contrôle sur les poursuites de s'assurer lui-même du respect des exigences de l'ordre public international, au sens du droit international privé français, qui impliquent que les personnes concernées par une visite domiciliaire puisse obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ; qu' en refusant d'apprécier la régularité des mesures et plus particulièrement celle de la décision prescrivant la visite, au regard des exigences de la conception française de l'ordre public international, motifs pris de ce qu'un tel contrôle ressortirait à la seule compétence du juge britannique, lorsque les mesures ainsi exécutées étaient exclusivement destinées à être exploitées dans le cadre de poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorité et juridiction françaises, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ;

Alors, encore, que la société Esso SAF faisait valoir que le système juridique français imposait un contrôle judiciaire préalable à des opérations de visite et saisie pour que soient garantis les droits fondamentaux des entreprises (mémoire, p. 45) ; qu'après avoir constaté qu'en l'espèce, la décision de procéder à des visites et saisies n'avait donné lieu à aucun contrôle judiciaire, la cour d'appel qui s'est néanmoins dispensée d'examiner si, concrètement, les droits fondamentaux des entreprises poursuivies ne s'en étaient pas trouvés bafoués, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Et aux motifs, d'autre part, que « selon la société Esso, il appartient aux juridictions françaises "de contrôler la légalité de la procédure de visites et saisies diligentées sur le territoire britannique d'abord au regard du droit britannique puis au regard des principes fondamentaux applicables qui relèvent de l'ordre public ; que cette société soutient que ses droits fondamentaux ont été violés en ce qu'elle a été privée de tout recours effectif

contre les opérations de visites et saisies ; qu'ainsi qu'il a été dit, il n'a pas été procédé au Royaume-Uni à des opérations de visites et saisies au sens de l'article L. 450-4 du code de commerce et les contestations relatives au déroulement des investigations menées en application de l'article 22 du règlement n° 1/2003 sur le fondement du droit britannique ne peuvent être portées que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni sur le fondement du droit britannique ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les critiques des requérantes ne sont pas fondées et que c'est à tort qu'elles entendent faire écarter des débats les pièces (notamment celles cotées 2027 et 3151) recueillies au cours de l'enquête exécutée au Royaume-Uni par POFT en application du droit britannique, au nom et pour le compte du Conseil de la concurrence afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article devenu 101 du TFUE » (arrêt, p. 22 et s.) ;

Alors que ne peuvent être retenus comme preuves, dans le cadre de faits poursuivis et sanctionnés en France, devant les autorités et juridiction françaises, les éléments obtenus dans des conditions non conformes à la conception française de l'ordre public international ; qu'il appartient au juge appelé à exercer son contrôle sur les poursuites de s'assurer lui-même du respect des exigences de l'ordre public international, au sens du droit international privé français, qui impliquent que les personnes concernées par une visite domiciliaire puissent soumettre les opérations de visite et saisie au contrôle des autorités judiciaires ; qu'en refusant d'apprécier la régularité des mesures et plus particulièrement le déroulement des visites et saisies, au regard des exigences de la conception française de l'ordre public international, motifs pris de ce qu'un tel contrôle ressortirait à la seule compétence du juge britannique, lorsque les mesures ainsi exécutées étaient exclusivement destinées à être exploitées dans le cadre de poursuites de faits supposés commis en France et destinés à être réprimés en France par les autorités et juridiction françaises, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ;

Et alors, enfin, que la société Esso SAF faisait expressément valoir, dans son mémoire devant la cour d'appel de renvoi, que l'ordre public français imposait un contrôle judiciaire effectif du déroulement des visites et saisies dès lors que les pièces recueillies dans ce cadre étaient destinées à s'intégrer dans une procédure française (mémoire, p. 47) ; qu'en refusant de s'interroger sur la conformité aux exigences de l'ordre public français de l'absence de tout contrôle, au Royaume-Uni comme en France, de la régularité des visites et saisies opérées au Royaume-Uni, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les principes du droit international privé français.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (plus subsidiaire)

(Sur la preuve de l'entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Esso SAF à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

Aux motifs, d'une part, que « que toutes les requérantes soutiennent que les éléments réunis par le Conseil ne permettent pas d'établir qu'elles se seraient concertées pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres lancé par Air France en 2002 pour l'approvisionnement en kérosène de ses avions sur l'escale de la Réunion en 2002/2003, notamment pour limiter les quantités de kérosène offertes à Air France et pour augmenter les prix, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article devenu 101 du TFUE ; que les moyens invoqués par les parties tendant à contester l'applicabilité du droit de l'Union et les saisies opérées au Royaume-Uni ayant été ci-dessus écartés, doivent par voie de conséquence être rejetées les argumentations des parties tendant à soutenir que la Décision ne pouvait utiliser, à titre de preuve de l'entente reprochée, les éléments recueillis au Royaume-Uni ; que les requérantes contestent chacun des éléments ayant conduit le Conseil à retenir d'une part, que les pièces du dossier (document 2027 : notes manuscrites de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron aviation, document 384 : courrier électronique de Total Outre-Mer du 17 octobre 2002 (Mme Daisy A à M. Joël G), document 3151 du 17 octobre 2002 à lire en lien avec le document 3150 (courriers électroniques Mme Mina H, Shell trading) constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations entre les entreprises avant et durant le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, ces échanges portant sur des éléments clés à savoir la répartition du marché (cote 2027), la stratégie à adopter en cas de changement de source d'approvisionnement (cote 384) et le niveau des prix de transfert (cotes 3150 et 3151) - d'autre part, que l'examen des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002 apporte des indices supplémentaires de la concertation anticoncurrentielle reprochée car il montre une similitude sans précédent de comportements ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et à ne pas modifier ses offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; (Cf sur ces points : Décision n° 235, 383 à 385 et 480) ; que, reprenant les argumentations soumises durant la procédure menée devant le Conseil et écartées par la Décision, les requérantes contestent la pertinence, l'interprétation et le caractère probant de chacun des éléments matériels examinés par la Décision (document 2027, document 384, document 3151) ; que certaines requérantes ajoutent qu'un courrier électronique saisi chez Shell (cote 2992) est de nature à infirmer l'hypothèse

d'une collusion entre les pétroliers ; que, en premier lieu, s'agissant du document coté 2027, il est soutenu que les notes manuscrites de M. Simon Y n'ont ni date, ni source, ni signification certaines et ne reproduisent pas exactement les résultats du premier tour d'enchères ; que ce document, saisi à Londres dans le bureau de M. Simon Y, directeur marketing chez Chevron Aviation, est exactement décrit aux numéros 141 et suivants de la Décision ; que la partie de ce document correspondant à un tableau électronique (tableur Excel) intitulé "file Air France 2002.xls" est daté de façon certaine du 25 septembre 2002, soit cinq jours avant la date limite pour le dépôt des offres fixé par Air France le 30 septembre ; que ce document comporte, outre des mentions manuscrites relatives aux prix et quantités envisagés pour répondre à l'appel d'offres, des annotations manuscrites, figurant en bas droite du document et ainsi rédigées : "25 % CTGA (Chevron), 30 % E/M (Exxon), 25/30 Shell, 15/20 TFE" (Total) ; que ces pourcentages correspondent aux offres en volume des compagnies pétrolières pour le premier tour de l'appel d'offres de 2002 25 % pour Chevron, 30 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 15% pour Total ; qu'ils ne correspondent pas exactement aux parts de marché obtenues à l'issue de l'appel d'offres (25 % pour Chevron, 32 % pour Exxon, 30 % pour Shell, 13 % pour Total) ; que c'est à l'issue d'une démonstration étayée, tenant compte de l'ensemble des objections ou suppositions soumise, que la Décision retient, aux termes de motifs que la cour adopte, que ces dernières annotations ont été inscrites, comme les autres mentions manuscrites figurant sur ce document, entre le 26 et le 30 septembre 2002, date de la remise de l'offre ferme à Air France et qu'aucun élément ne permet de remettre en cause cette datation au même moment de l'ensemble des annotations manuscrites du document 2027 (Cf Décision n° 241 à 248 et 263 à 288) ; que, pas plus devant la cour qu'elles ne l'avaient fait devant le Conseil, les parties ne justifient leurs affirmations relatives au caractère incertain, possiblement postérieur au 30 septembre 2002, de la date à laquelle M. Simon Y a porté les annotations manuscrites de répartition de marché figurant sur ce document ; qu'ainsi que le relève la Décision, les explications avancées par les parties sur les sources des informations de répartition de marché ou sur les circonstances dans lesquelles de telles annotations manuscrites ont été portées par M. Simon Y sur le document en cause, ne peuvent être suivies ; que c'est notamment à juste titre que la Décision écarte l'hypothèse selon laquelle ces annotations proviendraient d'informations fournies par Air France, de même que celle selon laquelle ces annotations seraient des anticipations propres à M. Simon Y ; que la cour se réfère sur l'ensemble de ces points à la Décision (n° 267 et 268, 460 à 473, n° 279 à 287, n° 289 à 311) dont les motifs ne sont pas utilement contestés ; qu'en outre, contrairement à ce qui est à nouveau soutenu, les prévisions de M. Simon Y ne peuvent être qualifiées d'imprécises (Cf ci-dessus la teneur des annotations et Décision n° 306 à 308) ; qu'il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que la Décision retient (n° 311) que "la seule explication crédible - que les entreprises mises en cause nient contre toute évidence - est que la répartition de marché inscrite sur le document 2027, qui anticipe très précisément le déroulement

de l'appel d'offres, résulte d'un échange d'informations préalable au dépôt des offres" ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'une concertation entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ; que, en deuxième lieu, s'agissant du document coté 384, il est soutenu que l'objet de ce courrier électronique (changement de source d'approvisionnement du carburéacteur) est sans pertinence au regard du grief retenu qui n'est relatif ni à des échanges d'informations, ni à une entente sur les prix ; qu'il est ajouté que le sens de ce courrier est ambigu, que les informations qu'il contient peuvent provenir d'Air France et sont, en outre, erronées car seule Total Réunion a proposé une offre en "AG" avec "add on" conforme à celle décrite par ce courrier ; que la société Chevron ajoute qu'il s'agit d'un document interne à Total qui ne peut servir de preuve de l'existence d'un échange d'informations ; que le document coté est un courriel relatant une conversation entre Mme Daisy A (Total Outre-Mer) et M. Joël G (Total Trading) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^e et le 3^e tour de l'appel d'offres en cause ; que ce document et le contexte de sa rédaction sont exactement décrits aux paragraphes 153 à 157 de la Décision auxquels il est fait référence ; que les requérantes reprennent devant la Cour les argumentations écartées par la Décision par des motifs pertinents, non sérieusement contestés et que, pour ces raisons, la cour adopte : Cf Décision n° 237, 312 à 341 et n° 267, 268 et 460 à 476 ; qu'il suffit de rappeler et d'observer qu'il est fait grief aux requérantes de s'être concertées pour fausser le déroulement de l'appel d'offres lancé par Air France 2002 ; que le courrier coté 384 est ainsi rédigé : "l'information que j'ai est que la profession maintient son offre initiale sur AQ (Arab Gulf) mais ajoute un "add on" qui serait retiré dans le cas où les importations reviendraient dans la zone AG. Notre intention est de procéder de la même manière.." ; que la Décision établit à suffisance que le terme "profession" désigne les compagnies pétrolières et que les informations mentionnées par Total ne lui avaient pas été communiquées par Air France ; que les termes de ce courrier ont à juste titre été retenus par la Décision (n° 339 à 341) comme révélateurs de l'existence d'échanges d'informations entre les compagnies pétrolières au sujet de la méthode appliquée pour prendre en compte un éventuel changement d'index de cotation de nature à perturber le déroulement de l'appel d'offres en cours, et montrant que les entreprises en cause ne déterminaient pas leur comportement sur le marché de manière autonome, peu important à cet égard que l'information du 17 octobre 2002 se révèle par la suite partiellement erronée ; enfin, que ce document régulièrement saisi peut, bien qu'il s'agisse d'un document interne à Total, être opposé aux autres compagnies pétrolières, dont la société Chevron, mentionnée sous le terme "profession" et être utilisé comme élément de preuve ; que le Conseil était fondé à retenir ce document comme constituant un indice matériel d'un échange d'informations entre les compagnies pétrolières pour fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offre de 2002 ; que en troisième lieu, s'agissant du document coté 3151, qu'il est soutenu qu'il ne contient que des informations, inexactes, internes à Shell et

non susceptibles d'être utilisées par les compagnies pour élaborer leurs siffles, qu'il montre l'incertitude de Shell quant au comportement des concurrents ; que le document coté 3151 est composé de courriers électroniques échangés entre Mme Mina H (Shell Trading) et M. François I (salarié de Shell aviation, interlocuteur d'Air France pour l'appel d'offres) ; qu'il est daté du 17 octobre 2002, soit entre le 2^e et le 3^e tour de l'appel d'offres en cause ; qu'il est exactement décrit et analysé aux paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 de la Décision ; que dans son premier message, Mme Mina H précise à son correspondant "L'approvisionnement pour Shell est actuellement en 60/40 Caltex Bahain/MOPA.G. Après avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène, tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon)" ; qu'il ne peut être contesté que ce message relate ainsi des échanges d'informations entre les compagnies Total, Chevron et Exxon sur les prix d'approvisionnement ; que c'est par des motifs pertinents et non utilement contestés que la Décision a écarté les argumentations reprises par les requérantes devant la cour (Décision n° 345 1,382) ; qu'il suffit d'observer que les parties ne peuvent prétendre que les échanges d'informations, entre deux tours de l'appel d'offres en cause, sur les prix de transferts ne portaient pas sur des informations sensibles et utiles pour le déroulement de l'appel d'offres ; que le Conseil était fondé à retenir ce document, qui conforte le précédent, comme constituant un indice matériel de la concertation reprochée aux requérantes ; que les sociétés Shell, Chevron et Esso maintiennent devant la cour qu'un courriel interne à Shell, daté du 28 septembre 2002 (cote 2992) contredit la thèse d'une collusion entre les compagnies pétrolières en ce qu'il montre l'incertitude dans laquelle se trouvait le négociateur de Shell deux jours avant la date limite du dépôt des offres (Cf Décision n° 484 à 486) ; que si c'est à tort que la Décision mentionne ce document comme daté du 27 septembre 2002 au lieu du 28 septembre 2002, il n'en demeure pas moins qu'aucune compagnie n'avait à cette date déposé d'offre ; qu'il n'est, en effet, pas contesté que les quatre compagnies pétrolières ont déposé leurs offres le 30 septembre 2002 à quelques heures de la clôture du premier tour ; qu'en outre, ainsi que le relève la Décision, un accord sur une limitation de volumes ne nécessite pas d'être arrêté dans ses moindres détails pour produire ses effets ; que ce dernier élément n'est pas de nature à atténuer la force probante résultant du rapprochement des trois documents sus-rappelés qui constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants d'échanges d'informations clés entre les entreprises avant et pendant l'appel d'offres incompatibles avec une détermination autonome par chaque entreprise de la politique qu'elle entendait suivre lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ; que contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision établit une similitude sans précédent des comportements des compagnies pétrolières pendant l'appel d'offres de 2002, similitude ayant consisté à proposer des prix en hausse pour la première enchère de 2002, à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, à limiter les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et

à ne pas modifier les offres en volume pendant tout l'appel d'offres ; que le déroulement de l'appel d'offres d'Air France en 2002, précisément décrit aux n° 108 à 115 de la Décision, fait apparaître que le résultat de l'appel d'offres correspond à une hausse de près de 30 % du "différentiel" (prix fixe qui rémunère l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution) et intègre la marge commerciale) par rapport à l'année précédente, hausse qui intervient l'année où, pour la première fois, l'addition des parts de marché offertes par les pétroliers correspond à 100 % des besoins d'Air France ; que, d'une part, que les contestations des requérantes relatives à la rigidité des volumes ne peuvent, au vu des constatations figurant aux n° 397 à 408 de la Décision, et plus particulièrement au n° 397, être retenues ; qu'en effet, malgré le risque d'exclusion du marché, risque résultant de la nature même de la procédure mise en place par Air France (Cf Décision n° 46 et suivants, 219 et 220), chaque compagnie a choisi, lors de l'appel d'offres de 2002, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à présenter, contrairement aux années précédentes, des offres rigides sans options de volume ou de durée et ne pas modifier les volumes respectivement offerts au cours de l'appel d'offres et donc à restreindre les parts de marché et exclure des possibilités de négociation sur les prix que les compagnies pétrolières ne pouvaient anticiper une telle absence générale de flexibilité des volumes, d'autant plus anormale que l'arrivée d'un quatrième offreur en 2002 (à savoir Total qui avait été exclu en 2001) aurait dû conduire à une intensification de la concurrence (Décision n° 99, 102, 405 à 407) ; que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'une telle rigidité résulte de la poursuite d'intérêts propres à chacune d'entre elles ne résistent pas à l'analyse ; qu'en particulier, la volonté invoquée de réduire les volumes afin de diversifier la clientèle est contredite par le fait qu'Air France constituait, pour les pétroliers, un débouché après la faillite des compagnies aériennes AOM et Air Lib (Cf Décision n° 442 à 451) ; que c'est par des motifs que la cour adopte que la Décision écarte l'argumentation des requérantes selon laquelle leur expérience leur aurait permis d'anticiper le comportement de leurs concurrents (Cf notamment n° 361, 424, 426, 458 sur le comportement de Shell, n° 73, 80, 100 et 459 sur celui de Chevron et n° 102, 295 à 298, 302 et 407 s'agissant de Total) ; qu'en outre, il ne peut être soutenu que la circonstance que le total des offres des requérantes couvrait 100 % des besoins d'Air France est probable et explicable par un comportement individuel rationnel alors que, même en admettant les calculs de probabilités soumis par Total bien qu'ils reposent sur des hypothèses discutables, il n'existe qu'une chance sur 20 que le total des offres soit exactement égal à 100 % et qu'en outre, la Décision écarte exactement les explications des autres requérantes (n° 474 à 479) ; qu'enfin, l'argumentation des parties tirée du comportement d'Air France lors de l'appel d'offres doit être écartée en raison des développements qui précèdent sur ce point et par référence aux motifs de la Décision (n° 267, 268, 460 à 473 et 476) ; que d'autre part, que les contestations des requérantes relatives à la hausse simultanée et sensible des prix offerts en 2002 par rapport à ceux de 2001, ne peuvent au

vu des constatations de la Décision figurant aux n° 409 à 413, être retenues et ce, que la comparaison porte sur les offres du premier tour de 2002 avec les résultats de l'appel d'offres de 2001 (ou le dernier proposé par l'offreur non retenu en 2001) ou bien que la comparaison soit effectuée, comme l'entendent les requérantes, entre les offres du premier tour de 2002 et celles du premier tour de 2001 ; que les explications à nouveau présentées devant la cour par les requérantes pour expliquer cette situation et soutenir qu'elle résulte d'une stratégie propre à chacune d'entre elles ont été écartées par la Décision par des motifs qui ne sont pas utilement contredits et que la cour adopte (n° 414 à 441) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la Décision a établi une concertation anticoncurrentielle entre les compagnies pétrolières lors de l'appel d'offres d'Air France en 2002 ; que la preuve d'une telle concertation résulte d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, indices constitués des éléments matériels sus-rappelés qui sont confortés et éclairés par les indices tirés des comportements sus-analysés qu'ont eu les entreprises et qui sont dépourvus de toute logique extérieure à l'entente » (arrêt, p. 25 à 29) ;

Alors, d'une part, que la pratique concertée ou l'accord d'entreprises prohibés suppose que les entreprises aient exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée ; qu' en se fondant sur un courrier électronique (coté 384) interne à la société Total, aux termes duquel aucune des sociétés poursuivies n'était nommément désignée, et qui faisait état des modalités de prise en compte d'une variable tenant au possible changement de la source d'approvisionnement du carburéacteur postérieurement au dépôt des offres, pour néanmoins considérer que la société Esso SAF avait manifesté la volonté de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du Traité CE, devenu 101 du TFUE ;

Alors, d'autre part, que la pratique concertée ou l'accord d'entreprises prohibés suppose que les entreprises aient exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée ; que le courriel de M. François I. de la société Shell du 28 septembre 2002 (cote 2992) fait état d'informations qu'il tenait de la société Air France concernant les sources d'approvisionnement (« if AF do not lie »), ne faisait état d'aucun volume de carburéacteur et se concluait par l'espoir de ne pas se tromper sous peine de perdre 2 ou 3 contrats, ce dont il résultait qu'à ce stade, aucune concertation n'était intervenue entre les entreprises poursuivies ; que par ailleurs, la société Air France avait précisé que les offres faites au premier tour, le 30 septembre 2002, n'avaient pas sensiblement évolué aux tours suivants ; que dès lors, en se fondant sur des courriels échangés entre le 2^e et le 3^e tours de l'appel d'offres, lorsque les offres faites à ces occasions ne différaient pas sensiblement de la première de l'aveu même de la plaignante, pour refuser de prendre en compte le courriel du 28 septembre 2002

établissant l'absence de concertation, la cour d'appel a entaché sa décision d'un manque de base légale au regard des articles 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, devenu 101 du TFUE ;

Alors, enfin, que dans ses écritures déposées devant la cour d'appel, la société Esso SAF faisait valoir qu'il résultait d'un courriel figurant au dossier du Conseil de la concurrence (cote 2505) qu'elle avait, pour sa part, arrêté les termes de son offre pour Air France dès le 24 septembre 2002 ; qu'en déduisant néanmoins d'un courriel interne de la société Shell (cote 3151) des échanges d'informations d'où elle a déduit l'existence d'une pratique concertée des différentes entreprises poursuivies en vue d'adopter un comportement déterminé lors de la remise des offres, sans répondre à ces écritures excluant que la société Esso SAF ait pu déterminer son comportement à la suite d'un tel échanges d'informations, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (plus subsidiaire)

(Sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Esso SAF à l'encontre de la décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 du Conseil de la concurrence ;

Aux motifs que « l'article L. 464-2 du code de commerce impose à l'Autorité de déterminer, en vertu des principes d'individualisation et de proportionnalité, les sanctions pécuniaires prononcées en application des quatre critères qu'il prévoit ; qu'en l'espèce, contrairement à ce qui est soutenu, le Conseil a motivé sa décision en développant ses appréciations sur la gravité de la pratique d'entente horizontale en cause (n° 514 et 515), sur l'importance du dommage causé à l'économie par cette pratique (n° 516 à 523), sur la situation individuelle des entreprises mises en cause (n° 524 et suivants), outre s'agissant de la société Total Réunion (n° 530) sur la réitération des faits ; que les parties sont ainsi à même de critiquer, ainsi qu'elles le font (Cf ci-après), les appréciations ayant conduit au prononcé de sanctions à l'encontre de chacune d'elles ; qu'ainsi qu'il a été dit, seule la décision notifiée aux parties conformément aux dispositions de l'article R. 464-8 du code de commerce revêt un caractère officiel ; que les sanctions doivent être appréciées au cas par cas en application des principes et critères légaux sus-rappelés ; que la motivation des sanctions est nécessairement liée aux faits et au contexte propres à chaque espèce ; que l'importance relative ou la pertinence des éléments d'appréciation à retenir pour déterminer les sanctions en application des principes et critères légaux varient selon les circonstances propres à chaque espèce ; que doivent, par conséquent, être écartées les argumentations des parties invoquant "une pratique décisionnelle" des autorités de concurrence ou établissant des comparaisons entre les sanctions appliquées à d'autres entreprises que ce

soit dans la même affaire ou dans d'autres espèces ; que les moyens ne sont pas fondés ; que contrairement à ce qui est soutenu, les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont, par nature, des infractions particulièrement graves ; que l'OCDE les qualifie d'ententes "injustifiables" ; que l'entente en cause est de cette nature ; que la Décision rappelle à juste titre que la gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence ; que la pratique en cause tend à tromper la société Air France, acheteur, sur la réalité et les effets de la concurrence entre les entreprises mises en concurrence ; qu'elle revêt de ce fait, par sa nature même, un caractère de gravité qui n'est pas atténué par le fait qu'ainsi qu'il a été dit, le marché en cause est un appel d'offres privé ; qu'il ne peut, au vu des faits exposés aux numéros 105 à 115 de la Décision, être soutenu qu'un certain niveau de concurrence a subsisté malgré les pratiques mises en oeuvre par les requérantes alors que celles-ci ont, de concert, offert au premier tour des quantités dont le total correspondait exactement aux besoins d'Air France et ont, lors des tours suivants, peu modifié leurs offres en volumes et en prix, contraignant Air France à accepter des propositions comportant en 2002 une hausse du différentiel de près de 30 % par rapport à l'année précédente ; que sont impliquées dans cette entente des entreprises appartenant à des groupes mondiaux ; que l'entente concerne toutes les entreprises mises en concurrence par Air France, étant rappelé que, pour les vols directs de grandes distances à partir de la Réunion, les compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs qu'à cette escale ; que si la pratique revêt un caractère instantané en ce qu'elle a été mise en oeuvre à l'occasion de l'appel d'offres de 2002, ses effets se sont continués dans le temps durant toute l'année 2002-2003 durant laquelle ont été exécutés les contrats résultant de cet appel d'offres ; que les critiques des requérantes quant à l'absence de prise en compte de la taille des marchés affectés par les pratiques seront examinées au titre du dommage causé à l'économie et l'argument de la société Total Réunion relatif à sa part dans le marché concerné au titre de l'individualisation de la sanction ; qu'il résulte de ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à contester l'appréciation par la Décision de la gravité particulière de l'entente en cause ; que l'Autorité rappelle exactement qu'il doit être procédé à l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage à l'économie en tenant compte de tous les aspects de la perturbation générale apporté au fonctionnement normal et concurrentiel des marchés par la pratique en cause ; que le dommage causé à l'économie ne se limite pas aux préjudices qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction ou aux surprofits qu'ont pu réaliser ses auteurs ; que sont par conséquent inopérants les arguments des parties tendant à soutenir que le dommage causé à l'économie serait en l'espèce nul ou à tout le moins limité au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières du fait de l'augmentation du différentiel ou au surcoût payé par Air France ; que la

Décision n'a pas présumé le dommage (n° 516 à 523) et a, contrairement à ce qui est soutenu, tenu compte notamment de la taille des marchés affectés par la pratique en cause ; que la Décision relève, en effet, pour apprécier le dommage à l'économie, que l'ordre de grandeur du marché de fourniture de carburéacteur à Air France sur l'escale de la Réunion représente un coût pour l'acheteur de l'ordre de 23 millions euros et que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représente le tiers environ de cette somme (n° 519) ; qu'en outre, s'agissant du marché connexe du transport aérien de voyageurs entre la Réunion et la métropole, dès lors que le prix du kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur ; que c'est également à juste titre que, pour apprécier le dommage en l'espèce causé à l'économie, la Décision tient aussi compte d'une part du fait que l'entente a été organisée par des compagnies pétrolières appartenant à des groupes mondiaux, "majors du secteur", qui avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché, et a ainsi causé un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs, d'autre part, du fait que, sur le marché du transport aérien, les oeuvres par les requérantes alors que celles-ci ont, de concert, offert au premier tour des quantités dont le total correspondait exactement aux besoins d'Air France et ont, lors des tours suivants, peu modifié leurs offres en volume et en prix, contraignant Air France à accepter des propositions comportant en 2002 une hausse du différentiel de prêt de 30 % par rapport à l'année précédente ; que sont impliquées dans cette entente des entreprises appartenant à des groupes mondiaux ; que l'entente concerne toutes les entreprises mises en concurrence par Air France, étant rappelé que, pour les vols directs de grandes distances à partir de la Réunion, les compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs qu'à cette escale ; que si la pratique revêt un caractère instantané en ce qu'elle a été mise en oeuvre à l'occasion de l'appel d'offres de 2002, ses effets se sont continués dans le temps durant toute l'année 2002.2003 durant laquelle ont été exécutés les contrats résultant de cet appel d'offres ; que les critiques des requérantes quant à l'absence de prise en compte de la taille des marchés affectés par les pratiques seront examinées au titre du dommage causé à l'économie et l'argument de la société Total Réunion relatif à sa part dans le marché concerné au titre de l'individualisation de la sanction ; qu'il résulte de ce qui précède que les requérantes ne sont pas fondées à contester l'appréciation par la Décision de la gravité particulière de l'entente en cause ; que l'Autorité rappelle exactement qu'il doit être procédé à l'appréciation de l'existence et de l'importance du dommage à l'économie en tenant compte de tous les aspects de la perturbation générale apporté au fonctionnement normal et concurrentiel des marchés par la pratique en cause ; que le dommage causé à l'économie ne se limite pas aux préjudices qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction ou aux sur profits qu'ont pu réaliser ses auteurs ; que sont par conséquent inopérants les arguments des parties tendant à soutenir

que le dommage causé à l'économie serait en l'espèce nul ou à tout le moins limité au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières du fait de l'augmentation du différentiel ou au surcoût payé par Air France ; que la Décision n'a pas présumé le dommage (n° 516 à 523) et a, contrairement à ce qui est soutenu, tenu compte notamment de la taille des marchés affectés par la pratique en cause ; que la Décision relève, en effet, pour apprécier le dommage à l'économie, que l'ordre de grandeur du marché de fourniture de carburéacteur à Air France sur l'escale de la Réunion représente un coût pour l'acheteur de l'ordre de millions euros et que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représente le tiers environ de cette somme (n° 519) ; qu'en outre, s'agissant du marché connexe du transport aérien de voyageurs entre la Réunion et la métropole, dès lors que le prix du kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur ; que c'est également à juste titre que, pour apprécier le dommage en l'espèce causé à l'économie, la Décision tient aussi compte d'une part du fait que l'entente a été organisée par des compagnies pétrolières appartenant à des groupes mondiaux, "majors du secteur", qui avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché, et a ainsi causé un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs, d'autre part, du fait que, sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux prix du kérosène qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'en outre, la demande émane sur l'île de la Réunion d'une clientèle captive car les compagnies aériennes ne peuvent s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion et auprès des compagnies pétrolières membres des GIE dont l'existence constitue, au moins à court terme, une barrière à l'entrée du marché (n° 221 à 227) et enfin du fait que si le dommage est élevé sur les marchés locaux au regard de l'importance du transport aérien pour l'île de la Réunion il reste limité au regard de la taille des entreprises mises en cause ; que si les requérantes sont fondées à soutenir non établi le fait que l'ensemble des livraisons de kérosène sur l'escale de la Réunion serait potentiellement affecté, cette circonstance n'est pas, compte tenu des éléments sus-mentionnés, de nature à remettre en cause l'appréciation par la Décision de l'importance du dommage à l'économie » (arrêt, p. 32 à 34) ;

Alors, d'une part, que la caractérisation d'un dommage à l'économie suppose une estimation fondée sur une méthode scientifiquement reconnue garantissant une comparaison des prix effectivement pratiqués sur le marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles retenues et ceux des concurrents étrangers sur ce marché ou ceux des sociétés en cause sur d'autres marchés, après avoir éliminé l'influence d'autres facteurs explicatifs de différence de prix entre ces situations ; qu'en l'espèce, pour retenir un dommage à l'économie en se contentant de relever l'ordre de grandeur du marché en cause et d'énoncer que les pratiques relatives au kérosène

étaient susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport dès lors que ce kérosène représentait une partie du prix total du billet d'avion, la cour d'appel, qui s'est prononcée par une motivation générale et abstraite ne caractérisant qu'une éventualité de dommage, ne s'est livrée à aucune évaluation fondée sur une méthode scientifique éprouvée et a ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Alors, d'autre part, en tout état de cause, que la sanction doit, notamment, être proportionnée au dommage à l'économie ; qu'en se bornant à relever, pour évaluer la sanction, que « dès lors que le kérosène représente une partie du prix total du billet d'avion, les pratiques en cause ont nécessairement et directement été susceptibles d'avoir un impact sur le coût du transport et donc sur le consommateur », la cour d'appel, qui n'a fait que constater l'existence d'un impact éventuel sur le prix du billet d'avion et non sa mesure, n'a pas apprécié le rapport de proportionnalité entre la sanction et le dommage à l'économie, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce.