

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

04.0.08

Audience publique du 7 juillet 2009

Cassation partielle

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 706 FS-P+B

Pourvoi n° H 08-15.609

J 08-16.094

JONCTION

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

I - Statuant sur le pourvoi n° H 08-15.609 formé par la société
Vicat, société anonyme, dont le siège est Tour Gan, 16 place de l'Iris,
92082 Paris La Défense 2,

II - Statuant sur le pourvoi n° J 08-16.094 formé par la société
Lafarge ciments, société anonyme, dont le siège est 5 boulevard Louis
Loucheur, 92210 Saint-Cloud,

contre le même arrêt rendu le 6 mai 2008 par la cour d'appel de Paris
(1re chambre civile, section H), dans le litige les opposant :

1°/ au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi,
domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, bureau B 1, bâtiment 5, 75703 Paris
cedex 13,

2°/ au président du conseil de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses aux pourvois invoquent chacune, à l'appui de leur recours, les 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 9 juin 2009, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mme Tric, conseiller doyen, Mme Betch, MM. Petit, Jenny, Mmes Laporte, Bregeon, M. Le Dauphin, conseillers, Mmes Farthouat-Danon, Michel-Amsellem, M. Pietton, Mme Maitrepierre, conseillers référendaires, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de la société Lafarge ciments, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Vicat, de Me Ricard, avocat du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, les conclusions de M. Raysséguier, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Vicat de son désistement envers le président du conseil de la concurrence ;

Joint les pourvois n° J 08-16.094 formé par la société Lafarge Ciments et n° H 08-15.609 formé par la société Vicat, qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, saisi par le ministre de l'économie de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, le Conseil de la concurrence (le Conseil) a, par décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007, notamment dit établi que, contrevenant aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, les sociétés Lafarge ciments (Lafarge), Vicat et le Groupement logistique ciments Haute-Corse (le GIE) se sont entendus en signant le 8 novembre 1994 une convention de subdélégation de l'exploitation des infrastructures de stockage du port de Bastia, que, contrairement à ces mêmes dispositions, les sociétés Lafarge, Vicat et le syndicat des négociants en matériaux de construction (le Syndicat) se sont entendus en signant un protocole d'accord le 6 mai 1999 afin de lier les membres du syndicat par un contrat

d'approvisionnement exclusif et qu'au mépris des dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE, les sociétés Lafarge et Vicat ont abusé de leur position dominante collective sur les marchés du ciment en Haute-Corse, à Ajaccio, Porto-Vecchio et Propriano en octroyant des remises anticoncurrentielles aux négociants corses, qu'il a infligé à ces sociétés et groupements des sanctions pécuniaires ;

Sur les premier et deuxième moyens du pourvoi formé par la société Lafarge et le troisième moyen du pourvoi formé par la société Vicat, réunis :

Attendu que ces sociétés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours contre la décision du Conseil retenant un grief d'entente entre elles et le GIE à raison de la convention du 8 novembre 1994, subdélégant à ce dernier l'exploitation des infrastructures du port de Bastia, alors, selon le moyen :

1°/qu'une clause d'approvisionnement ne peut avoir pour objet ou effet de porter atteinte à la concurrence que s'il en résulte, pour le négociant qui s'engage à s'approvisionner auprès du producteur, une interdiction de se fournir par ailleurs pour le produit considéré ; qu'en l'espèce, par l'article 1er de la convention de subdélégation du 8 novembre 1994, les sociétés Lafarge et Vicat ont uniquement entendu réserver l'utilisation des installations du port de Bastia dont elles avaient financé l'édification à leurs propres produits, sans interdire aux négociants en ciments de se fournir par ailleurs, soit dans les autres ports de Corse, soit directement sur le continent, soit par navires rouliers ; qu'en jugeant néanmoins que la convention de subdélégation avait pour objet ou effet de restreindre la concurrence sur le marché du ciment en Corse, la cour d'appel a violé les articles 1134 du code civil, L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

2°/qu'une pratique n'a d'effet anticoncurrentiel que lorsqu'elle limite l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; que pour juger que la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 était anticoncurrentielle, la cour d'appel a considéré que l'article 1er de cette convention avait eu pour effet de réduire les débouchés des autres fournisseurs de ciment grecs ou italiens, dont la part de ciments importés était passée de 6 % en 1997 à 8 % en 1998 et 4,5 % en 1999, année à partir de laquelle avait été mise en place la desserte maritime du port de Bastia par la société SOMECA ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'il résultait de ses propres constatations que la part de marché des ciments concurrents de ceux des sociétés Lafarge et Vicat avait augmenté entre 1997 et 1998, nonobstant la convention de subdélégation mise en place en 1994, et que la baisse de cette part de marché n'avait diminué, en 1999, que

du seul fait de la desserte assurée par la société SOMECA, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

3°/ que l'effet anticoncurrentiel d'une pratique ne peut être établi que s'il est démontré, en comparaison à la situation antérieure à la mise en oeuvre de cette pratique, que celle-ci a eu pour conséquence de restreindre l'accès au marché des entreprises concurrentes ; que pour juger que la convention du 8 novembre 1994 avait un effet anticoncurrentiel, la cour d'appel a estimé que la part de marché des concurrents des sociétés Lafarge et Vicat s'était réduite entre 1997 et 1999, soit durant une période entièrement comprise pendant la mise en oeuvre de cette convention ; qu'en statuant ainsi, sans établir que la part de marché des concurrents des sociétés Lafarge et Vicat aurait été croissante ou constante avant la mise en oeuvre de la convention litigieuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

4°/ que pour juger que la convention du 8 novembre 1994 avait un effet anticoncurrentiel, la cour d'appel a affirmé que la part du trafic de ciment en vrac à destination de la Corse, par le navire de la société SOMECA, avait atteint 99% du transport de ciment en 1998 (arrêt p. 7, § 6), tout en constatant que, pour cette même année, les quantités de ciments italiens et grecs importées par les négociants, exclusivement par navires rouliers, s'élevaient à 8 % des quantités totales ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel s'est contredite et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ qu'une pratique ne peut être sanctionnée que lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre le jeu de la concurrence ; que la restriction de concurrence résultant d'une politique publique décidée par les pouvoirs publics ne peut être imputée à la pratique qui constitue la mise en oeuvre de cette politique par des sociétés privées ; que la cour d'appel a constaté que les pouvoirs publics avaient mis en place, dès 1960, une politique tendant à l'approvisionnement de la Corse en ciment par navire vraquiers, notamment par l'édification de silos destinés à stocker ce matériau en Corse, et que cette politique avait conduit à la diminution substantielle, voire à la disparition, de l'approvisionnement par transport roulier ; que la cour d'appel a, par ailleurs, constaté que l'Etat français avait mis en place une subvention bénéficiant au transport de ciment en vrac ; qu'en jugeant néanmoins que la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 pourtant expressément prévue par le contrat administratif du 27 septembre 1994 unissant la CCI de Corse aux Sociétés Lafarge et Vicat, avait pour objet ou effet de restreindre la concurrence des cimentiers étrangers, qui approvisionnent la Corse par transport roulier, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, et a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

6°/ que constitue une obligation d'achat exclusif, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ; qu'en affirmant que l'article 1er de la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 mettait à la charge de l'ensemble des négociants de Haute Corse une obligation d'approvisionnement exclusif auprès des sociétés Lafarge ou Vicat, après avoir constaté que cette obligation ne portait que sur deux gammes seulement de ciment et que le marché pertinent était, en l'espèce, celui des ciments courants sans qu'il soit besoin de segmenter le marché en fonction des caractéristiques des ciments vendus en cause, ce dont il résultait que la prétendue exclusivité d'approvisionnement ne devait pas être appréciée au regard de deux gammes seulement de ciment, mais en fonction de la totalité des ciments courants substituables entre eux, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, ensemble l'article 1er du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux ;

7°/ que constitue une obligation d'achat exclusif, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ; qu'en se bornant à affirmer que les gammes 42,5 et 52,5 de ciment, seules visées par le prétendue engagement d'approvisionnement exclusif, représentent la majeure partie du ciment vendu en corse, sans vérifier que ces gammes de ciments représentaient effectivement plus de 80 % des achats annuels effectués par les négociants, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, et 1er du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux ;

8°/ que constitue une obligation d'achat exclusif, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ; qu'en affirmant que les négociants étaient liés par une clause d'approvisionnement exclusif, tout en constatant que même dans les deux gammes de ciment considérés, ces derniers étaient libres de

s'approvisionner soit auprès de la société Vicat, soit auprès de la société concurrente Lafarge, la cour d'appel a violé de plus fort les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, ensemble l'article 1er du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux ;

9°/ qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 avait été expressément prévue par le contrat administratif du 27 septembre 1994 par lequel la chambre de commerce et d'industrie avait obtenu, en contrepartie d'une exclusivité d'exploitation des installations, l'engagement financier et technique des sociétés Lafarge et Vicat afin d'éviter la disparition des infrastructures de stockage et d'ensachage du port de Bastia présentant un intérêt majeur pour le marché d'approvisionnement du ciment en Corse ; qu'en considérant que la clause litigieuse du contrat de subdélégation était indépendante du contrat administratif antérieur, et ne contribuait pas au progrès économique de la Corse, quand les conventions des 27 septembre et 8 novembre 1994 étaient indivisibles et visaient à garantir le financement et la pérennité d'une installation stratégique pour la Corse, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

10°/ qu'en affirmant que la clause litigieuse avait eu des effets anticoncurrentiels en réduisant sensiblement les débouchés des concurrents étrangers tout en constatant qu'au moment où ce contrat a été mis en oeuvre la concurrence en Corse sur le marché de l'approvisionnement en ciment était déjà sérieusement altérée pour des raisons structurelles étrangères à ladite clause, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

11°/ qu'en caractérisant l'effet anticoncurrentiel de la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 à partir de la seule évolution des importations de ciments en Corse entre 1997 et 1999, quand il lui incombait de comparer les parts de marchés détenues par les cimentiers étrangers avant et après la conclusion de ladite convention de 1994, et jusqu'au terme de ladite convention le 31 décembre 2004, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

12°/ que sont exemptées des dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité les pratiques qui ont pour effet d'assurer un progrès économique, lorsque la restriction de concurrence en résultant éventuellement est indispensable pour atteindre cet objectif de progrès ; qu'en jugeant que la restriction de concurrence qu'elle estimait résulter de la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 ne pouvait

faire l'objet d'une exemption au motif inopérant que le financement du réaménagement des installations du port de Bastia était finalement pris en charge par le GIE des négociants, sans rechercher si les investissements nécessaires à cette rénovation auraient pu être réalisés sans l'engagement pris des sociétés LAFARGE et VICAT et si leur intervention n'avait pas été ainsi indispensable pour mettre en oeuvre la politique publique déterminée par la convention du 27 septembre 1994 à raison de la suppression des subventions de l'Etat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et L. 420-4 du code de commerce, et 81 § 3 du Traité CE ;

13°/ que sont exemptées des dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité les pratiques qui ont pour effet d'assurer un progrès économique, dès lors qu'elles ne donnent pas aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ; que pour juger que la restriction de concurrence qu'elle estimait résulter de la convention de subdélégation du 8 novembre 1994 ne pouvait faire l'objet d'une exemption, la cour d'appel a considéré que cette convention donnait aux sociétés Lafarge et Vicat la possibilité d'éliminer la concurrence pour certains des produits en cause, en cantonnant au minimum l'approvisionnement par rolls en provenance d'Italie ou de Grèce ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'elle avait constaté que la diminution voire la disparition du transport par rolls résultait d'une politique publique mise en oeuvre depuis les années 1960, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi les articles L. 420-1 et L. 420-4 du code de commerce, et 81 § 3 du Traité CE ;

14°/ qu'une restriction verticale de concurrence doit d'autant plus être exemptée qu'elle est liée à des investissements propres à une relation contractuelle et que sa durée correspond au délai nécessaire pour amortir ces investissements ; qu'en refusant d'exempter la clause litigieuse après avoir constaté que la durée de la convention correspondait précisément à celle du remboursement du prêt octroyé par les sociétés Vicat et Lafarge afin d'assurer le financement d'installations présentant un intérêt majeur pour la Corse, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 2° du code de commerce et 81 § 1 et § 3 du traité CE, ensemble le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux ;

15°/ qu'en affirmant, pour s'opposer au bénéfice d'une exemption, que l'article 1er de la convention du 8 novembre 1994 faisait interdiction de tout approvisionnement par transport roulier ou de l'utilisation de dispositifs de stockage distincts, après avoir constaté que l'obligation d'approvisionnement en cause était limitée aux gammes des catégories de produits transitant ou ayant transité par les installations de stockage et d'ensachage du ciment sur le port de Bastia, ce dont il résultait que ladite

convention n'interdisait ni l'approvisionnement par transport routier ni l'utilisation de dispositifs de stockage distincts à supposer qu'ils existent, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

16°/ qu'en se fondant, pour s'opposer au bénéfice d'une exemption, sur la prétendue gravité des effets de la restriction de concurrence occasionnés par la clause d'approvisionnement litigieuse, tout en constatant qu'au moment où celle-ci avait été mise en oeuvre, la concurrence sur le marché du ciment corse était déjà altérée en raison des spécificités structurelles et techniques d'approvisionnement de celui-ci qui nécessitaient de réaliser des investissements importants, laissant peu de place à la concurrence étrangère, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce, 81 § 1 et 81 § 3 du Traité CE ;

17°/ qu'en affirmant, pour considérer que la convention litigieuse faisait obstacle à la vente des ciments étrangers que le respect de la norme AFNOR demeure d'un intérêt secondaire et n'est imposée que pour les marchés publics, tout en constatant une impossibilité pour les concurrents étrangers de pénétrer le marché dans la mesure où ils "se heurtent aux barrières à l'entrée résultant de la norme AFNOR", la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce, 81 § 1 et 81 § 3 du Traité CE ;

Mais attendu que l'arrêt constate qu'en l'absence de cimenterie en Corse, tout le ciment qui y est distribué est acheminé par voie maritime, soit par navires rouliers à bord desquels embarquent des camions chargés de ciment généralement conditionné en sacs, soit par navires vraquiers, ce qui nécessite à terre des installations de stockage et d'ensachage du ciment ; que le ciment provenant de France continentale était transporté par navires rouliers jusque dans les années 1960 à partir desquelles les autorités locales et les négociants corses ayant souhaité développer le transport en vrac, des silos ont été construits sur le port de Bastia en Haute-Corse tandis qu'en Corse du Sud, les négociants corses ont construit leurs propres infrastructures ; qu'il précise qu'à la fin des années 1990, plus de 90 % du ciment vendu en Corse était produit sur le continent par les sociétés Lafarge et Vicat, transporté en vrac, à 99 % en 1998, puis stocké et ensaché dans des installations agréées par l'AFNOR, de fait réservées à ces deux sociétés et que c'est à partir de 1995 que sont apparues des importations en Corse de ciment en provenance essentiellement d'Italie et de Grèce, réalisées exclusivement par navires rouliers et ayant représenté en 1998, 8 % des approvisionnements des négociants de Haute-Corse ; qu'il caractérise le marché pertinent comme étant celui de l'approvisionnement

en gros du ciment alimentant la Corse, comprenant presque exclusivement des ciments courants, marché sur lequel l'offre a émané en moyenne, de 1999 à 2001, à 93,7 % des cimentiers Lafarge et Vicat et la demande des négociants-grossistes qui ont accès aux infrastructures de stockage et d'ensachage et précise que ce marché se divise, compte tenu des contraintes géographiques de l'île, en zone de 50 à 100 kilomètres autour des six principaux ports Corses ; que, s'agissant des infrastructures du port de Bastia, l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, expose que la chambre de commerce et d'industrie de Haute-Corse (la CCI), à laquelle l'Etat avait en 1969 octroyé une concession d'outillage public sur le port de Bastia, a, le 27 septembre 1994, conclu avec les producteurs Lafarge et Vicat un "sous-traité d'exploitation" de cet outillage public de stockage et d'ensachage du ciment, assorti d'un protocole d'accord ; qu'aux termes de ces actes, les cimentiers Lafarge et Vicat accordaient à la CCI un prêt remboursable en 30 ans pour financer le réaménagement desdits silos et unité d'ensachage et obtenaient en contrepartie l'exclusivité de leur exploitation avec l'autorisation de subdéléguer cette exploitation au GIE constitué en juin 1993 entre la quasi-totalité des négociants de Haute-Corse pour exploiter les installations de stockage et d'ensachage du port de Bastia ; que, par convention du 8 novembre 1994, les sociétés Lafarge et Vicat ont confié l'exploitation exclusive desdites installations au GIE pendant 30 ans, le GIE prenant en charge le remboursement du prêt consenti à la CCI ; que l'arrêt relève que l'article 1er de la convention du 8 novembre 1994 ne se borne pas, contrairement à ce que soutiennent les parties, à rappeler l'exclusivité d'exploitation dont bénéficient les cimentiers Lafarge et Vicat pour l'utilisation des silos exploités par le GIE dans le port de Bastia, mais met à la charge des négociants de Haute-Corse, membres du GIE, une obligation d'approvisionnement exclusif auprès des cimentiers Lafarge et Vicat pour toutes les gammes des catégories de ciment identiques à ceux transitant ou ayant transité par les silos du port de Bastia, soit principalement les gammes 42,5 et 52,5, qui représentaient, entre 1996 et 1999, respectivement 82 % et 12 % en moyenne des ventes de ciment en Corse et leur interdit donc pour ces gammes tout approvisionnement alternatif même en dehors des silos de Bastia ; que l'arrêt retient que cette clause, en ce qu'elle induit une restriction de la liberté d'approvisionnement des négociants, majeure tant par son champ que par sa durée, a un objet anticoncurrentiel, et ce, indépendamment des contrats administratifs précédemment conclus avec la CCI qui permettaient le maintien d'une concurrence sur le marché de la fourniture de ciment ; qu'il ajoute qu'en imposant aux négociants de Haute-Corse de s'approvisionner exclusivement auprès des cimentiers Lafarge et Vicat, cette clause a notamment eu pour effet de réduire les débouchés des cimentiers grecs et italiens malgré les prix nettement inférieurs du ciment étranger et précise à cet égard que les quantités importées par les négociants, via les ports de Haute-Corse sont demeurées minimales, soit 6 % en 1997, 8 % en 1998 et 4,5 % en 1999,

année à partir de laquelle les effets de la clause ont été renforcés par ceux d'une entente distincte, et essentiellement destinées à des revendeurs non spécialisés ; que, pour écarter l'argumentation des parties qui revendiquaient le bénéfice de l'exemption prévue par les articles L. 420-4 du code de commerce et 81 du Traité, l'arrêt relève enfin que les parties n'expliquent pas en quoi l'exclusivité d'approvisionnement des négociants membres du GIE auprès des sociétés Lafarge et Vicat était nécessaire à l'obtention du progrès économique que peut constituer ou apporter le réaménagement du port de Bastia ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié la portée de la convention du 8 novembre 2004, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur les troisième et quatrième moyens du pourvoi formé par la société Lafarge et le quatrième moyen du pourvoi formé par la société Vicat, réunis :

Attendu que ces sociétés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours contre la décision du Conseil retenant un grief d'entente entre elles et le syndicat en signant un protocole le 6 mai 1999, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue une obligation d'achat exclusif, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ; qu'en considérant que même si l'expression ne figure pas expressément dans le protocole du 6 mai 1999, l'engagement du syndicat caractérisait un engagement d'approvisionnement exclusif auprès de Lafarge et Vicat, puisqu'il couvrait la quasi-totalité des besoins de ses adhérents, après avoir constaté que, par ce protocole, le syndicat des négociants avait seulement pris acte des engagements des cimentiers envers le transporteur, qu'il ne s'était formellement engagé qu'à favoriser l'acquisition de moyens de stockage par ses membres et qu'en toute hypothèse, ledit protocole n'était pas contraignant envers ses adhérents, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, ensemble l'article 1er du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux ;

2°/ que constitue une obligation d'achat exclusif, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens

et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ; qu'en affirmant que les négociants étaient liés par un engagement d'approvisionnement exclusif conclu par l'intermédiaire de leur syndicat tout en constatant que ces derniers pouvaient s'approvisionner soit auprès de la société Vicat, soit auprès de la société concurrente Lafarge, la cour d'appel a violé de plus fort les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, ensemble l'article 1er du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux ;

3°/ qu'un protocole conclu entre un producteur et un syndicat de négociants ne peut caractériser un engagement d'approvisionnement exclusif dès lors qu'en l'absence de tout caractère contraignant, les adhérents de ce syndicat restent libres d'acquérir ou de ne pas acquérir les produits du producteur et de se fournir par ailleurs ; qu'en jugeant néanmoins que le protocole du 6 mai 1999 caractérisait un approvisionnement exclusif des adhérents du syndicat des négociants en matériaux de construction auprès des sociétés Lafarge et Vicat, tandis qu'elle constatait que ce protocole ne contenait aucune formule le rendant juridiquement contraignant, ce dont il résultait que les adhérents du syndicat restaient libres de s'approvisionner auprès de la société Lafarge, de son concurrent Vicat ou auprès d'autres producteurs, peu important qu'ils s'en abstiennent, la cour d'appel a violé les articles 1134 du code civil, L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

4°/ que, pour juger que le protocole du 6 mai 1999 caractérisait un approvisionnement exclusif des adhérents du syndicat des négociants en matériaux de construction auprès des sociétés Lafarge et Vicat, la cour d'appel s'est fondée sur l'intention originelle des parties lors des négociations précontractuelles ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'elle constatait que les parties avaient expressément renoncé à signer des contrats d'approvisionnement exclusifs en raison de leur caractère contraire au droit de la concurrence et que le protocole finalement signé ne contenait aucune formule le rendant juridiquement contraignant, ce dont il résultait que les adhérents du syndicat restaient libres de s'approvisionner auprès de la société Lafarge, de son concurrent Vicat ou auprès d'autres producteurs, peu important qu'ils s'en abstiennent, la cour d'appel a violé les articles 1134 du code civil, L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

5°/ qu'une entente verticale n'est établie que si les parties y ont librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence ; qu'en se bornant à affirmer, pour dire, à l'instar du Conseil de la concurrence, que les membres du syndicat des négociants en matériaux de construction avaient adhéré à l'engagement d'approvisionnement exclusif soi-disant induit du protocole du 6 mai 1999 signé par le syndicat, que

nombre de négociants ont d'ailleurs signé individuellement des contrats de dépôt avec les cimentiers, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si ces contrats de dépôt censés démontrer l'adhésion des négociants au protocole du 6 mai 1999 n'avaient pas été conclus antérieurement à celui-ci et ne visaient pas à garantir le respect de la norme NF ou encore si la société Vicat avait effectivement pris des mesures de représailles à l'égard de ses clients ayant importé du ciment étranger ;

6°/ qu'un protocole dépourvu d'effet contraignant ne peut avoir pour objet ni effet de porter atteinte à la concurrence s'il n'en résulte une éviction des entreprises tierces du marché concerné par ce protocole ; que la cour d'appel a relevé que le transport de ciments par navires vraquiers avait été encouragé par les autorités locales dans les années 1960 (arrêt p. 6, in fine) et bénéficiait d'une subvention étatique (arrêt p. 7, § 4), pour ensuite constater que le transport par navires rouliers avait diminué substantiellement, voire disparu durant la même période (arrêt p. 7, § 5) ; qu'en jugeant néanmoins que l'éviction des concurrents des sociétés LAFARGE et VICAT, qui n'approvisionnaient la Corse que par navires rouliers, résultait du protocole facultatif du 6 mai 1999, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

7°/ qu'en affirmant, pour caractériser les effets anticoncurrentiels du protocole du 6 mai 1999, que "le Conseil de la concurrence avait relevé qu'au cours de la période considérée, soit de 1999 à 2002, date à laquelle (ce) protocole a été dénoncé, les importations de ciments étrangers sont demeurées faibles", tout en constatant non seulement qu'au moment où cette pratique a été mise en oeuvre, la concurrence était déjà altérée pour des raisons structurelles étrangères à l'entente, mais aussi que « le dossier contient peu de données concrètes sur l'état effectif du marché corse après 1999 alors que les requérantes prétendent que les importations de ciments se sont amplement développées à partir de l'année 2000", la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

8°/ qu'en affirmant que les sociétés Lafarge et Vicat ne peuvent utilement soutenir que l'objectif de 130 000 tonnes de ciment mentionné au protocole du 6 mai 1999 liant ces sociétés au syndicat des négociants des matériaux de construction, à la suite de la convention maritime du 6 juillet 1998 attribuant pour cinq ans à la Someca l'exclusivité du transport de leur trafic de marchandises, correspondait au tonnage nécessaire à l'équilibre économique du navire vraquier, après avoir constaté que la société Someca qui était bénéficiaire depuis 1986 d'une concession de service public de transport en vrac de ciment, indispensable à la continuité

territoriale de la Corse, avait négocié, avant l'expiration de sa concession avec les cimentiers et sous l'égide des pouvoirs publics, une garantie minimale de remplissage des cuves de son navire à hauteur de 130 000 tonnes, assortie du paiement d'une indemnité par tonne manquante en contrepartie de la réorganisation complète du système de desserte de la Corse afin de réduire les coûts et de pallier ainsi à la disparition concomitante des subventions, ce dont il résultait que la garantie minimale de remplissage de 130 000 tonnes était effectivement indispensable à l'équilibre économique du navire assurant la continuité territoriale et avait effectivement permis de réduire le coût du transport, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 2° du code de commerce et 81 du Traité CE ;

9°/ que sont exemptées des dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité les pratiques qui ont pour effet d'assurer un progrès économique, dès lors qu'elles ne donnent pas aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ; qu'en affirmant que les sociétés Lafarge et Vicat ne peuvent utilement soutenir que l'objectif de 130 000 tonnes de ciment mentionné au protocole du 6 mai 1999 liant ces sociétés au syndicat des négociants des matériaux de construction, à la suite de la convention maritime du 6 juillet 1998 attribuant pour cinq ans à la Someca l'exclusivité du transport de leur trafic de marchandises, correspondait au tonnage nécessaire à l'équilibre économique du navire vraquier, après avoir pourtant constaté que la société Someca qui était bénéficiaire depuis 1986 d'une concession de service public de transport en vrac de ciment, indispensable à la continuité territoriale de la Corse, avait négocié, avant l'expiration de sa concession avec les cimentiers et sous l'égide des pouvoirs publics, une garantie minimale de remplissage des cuves de son navire à hauteur de 130 000 tonnes, assortie du paiement d'une indemnité par tonne manquante en contrepartie de la réorganisation complète du système de desserte de la Corse afin de réduire les coûts et de pallier ainsi à la disparition concomitante des subventions, ce dont il résultait que la garantie minimale de remplissage de 130 000 tonnes était effectivement indispensable à l'équilibre économique du navire assurant la continuité territoriale et avait effectivement permis de réduire le coût du transport, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 2° du code de commerce et 81 du Traité CE ;

10°/ que, pour caractériser les effets anticoncurrentiels du protocole de 1999, la cour d'appel, qui n'a pas contredit le progrès économique résultant de cet accord tenant au maintien de l'approvisionnement de la Corse en ciment à prix constant nonobstant la suppression de la subvention étatique de continuité territoriale, s'est

contentée d'affirmer que cet accord était venu anéantir ce qui subsistait de concurrence possible ; qu'en statuant ainsi, tandis qu'elle avait constaté que, par l'effet d'une politique publique, le transport par navires rouliers avait disparu au profit du transport par navire vraquier avant même l'accord litigieux, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres observations et a violé les dispositions des articles L. 420-4 du code de commerce et 81 § 3 du Traité CE ;

Mais attendu, en premier lieu, que sous couvert de violations de la loi, le moyen ne tend en ses cinq premières branches qu'à remettre en cause l'interprétation souveraine par les juges du fond des dispositions et de la portée du protocole conclu le 6 mai 1999 entre les cimentiers Lafarge et Vicat et le syndicat des négociants en matériaux de construction ;

Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel ayant caractérisé l'objet anticoncurrentiel des stipulations litigieuses du protocole du 6 mai 1999, le moyen critique, en ses sixième et septième branches des motifs surabondants de l'arrêt ;

Attendu, en troisième lieu, que c'est sans méconnaître les dispositions invoquées que, pour écarter l'argumentation des parties qui sollicitaient le bénéfice d'une exemption individuelle, la cour d'appel, après avoir relevé qu'il résultait du protocole que les quantités de ciment Lafarge et Vicat transportées en dehors du navire de la compagnie Someca étaient comptabilisées dans l'engagement de volume souscrit par le syndicat au nom de ses membres, a retenu par motifs propres et adoptés que l'objectif premier du protocole n'était pas d'optimiser les coûts du transport par la Someca, mais de porter à 130 000 tonnes par an les tonnages vendus par les sociétés Lafarge et Vicat en Corse, quel que soit le mode de transport utilisé ;

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

Et attendu que les premier et deuxième moyens du pourvoi formé par la société Vicat ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le cinquième moyen du pourvoi formé par la société Vicat, pris en sa deuxième branche et le cinquième moyen du pourvoi formé par la société Lafarge, pris en sa deuxième branche, réunis :

Vu les articles 82 du Traité CE et L. 420-2 du code de commerce ;

Attendu que, pour dire que les sociétés Lafarge et Vicat détenaient une position dominante collective sur le marché de gros de l'approvisionnement de la Corse en ciment, l'arrêt relève que les liens qui unissaient ces sociétés résultent des contrats qu'elles ont signés conjointement, contrats dont la mise en oeuvre à l'égard de leurs clients, de leurs concurrents et des consommateurs traduit que ces deux entreprises se présentaient sur le marché de l'approvisionnement en gros de la Corse en ciment comme une entité collective pratiquant une stratégie commune et ajoute que la structure du marché rendait possible une telle domination collective ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, en l'absence d'ententes conclues avec leurs clients, les sociétés Lafarge et Vicat auraient disposé en commun de la possibilité de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs formulés par les cinquièmes moyens des pourvois :

CASSE ET ANNULE, en ses seules dispositions relatives à l'abus de position dominante collective et aux sanctions y afférent, l'arrêt rendu le 6 mai 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne les sociétés Lafarge et Vicat aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les 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 ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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

