

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

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

2°/ 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°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié en cette qualité 4 boulevard du Palais, 75001 Paris,

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

5°/ 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°/ à la société Total Outre-mer, société anonyme, dont le siège est tour Total, 24 cours Michelet, 92800 Puteaux,

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

8°/ 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°/ à la société Air France, société anonyme,

2°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

3°/ 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°/ à la société Air France, société anonyme,

2°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

3°/ 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°/ à la Société des pétroles Shell,

2°/ à la société Chevron Products Company,

3°/ à la société Total Outre-mer, société anonyme,

4°/ à la société Total Réunion, société anonyme,

5°/ à la société Air France, société anonyme,

6°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

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

défendeurs à la cassation ;

Les demandereses 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 déferée, 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°/ 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°/ 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°/ 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 autorités et juridictions 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 autorités et juridictions 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 autorités et juridictions 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 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 autorités et juridiction 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 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 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 répétition 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 pétrolière 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°) 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 exprimé 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°) 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.