

COMM.

SL

## COUR DE CASSATION

---

Audience publique du **1er mars 2011**

Cassation

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 200 FS-P+B

Pourvoi n° J 09-72.655  
M 09-72.657  
P 09-72.705  
Z 09-72.830  
U 09-72.894

JONCTION

REPUBLIQUE FRANCAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

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

I - Sur le pourvoi n° J 09-72.655 formé par la société Total Réunion, société anonyme, dont le siège est 3 rue Jacques Prévert, Rivière des Galets, 97420 Le Port,

contre un arrêt rendu le 24 novembre 2009 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), 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, de l'industrie et de l'emploi, dont le siège est 59 boulevard Auriol, bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

3<sup>o</sup>/ à la société Air France, société anonyme, dont le siège est 45 rue de Paris, 95747 Roissy CDG cedex,

défendeurs à la cassation ;

II - Sur le pourvoi n° M 09-72.657 formé par la société Total Outre-Mer, société anonyme, dont le siège est Tour Total, 24 cours Michelet, 92800 Puteaux,

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

1<sup>o</sup>/ au président de l'autorité de la concurrence,

2<sup>o</sup>/ à Le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

3<sup>o</sup>/ à la société Air France, société anonyme,

défendeurs à la cassation ;

III - Sur le pourvoi n° P 09-72.705 formé par la société des Pétroles Shell, dont le siège est Portes de la Défense, 307 rue d'Estienne d'Orves, 92708 Colombes cedex,

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

1<sup>o</sup>/ à la société Air France,

2<sup>o</sup>/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

3<sup>o</sup>/ au président de l'autorité de la concurrence,

4<sup>o</sup>/ à la société Total Réunion, société anonyme,

5<sup>o</sup>/ à la société Total Outre-Mer,

6<sup>o</sup>/ à la société Esso, dont le siège est 5-6 place de l'Iris, 92400 Courbevoie,

7<sup>o</sup>/ à la société Chevron products company, dont le siège est 1 Westferry Circus Canary Wharf, London E14 4HA Royaume-Uni,

défendeurs à la cassation ;

IV - Sur le pourvoi n° Z 09-72.830 formé par la société Chevron products company,

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

1°/ au président de l'autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

3°/ à la société pétroles Shell,

4°/ à la société Esso,

5°/ à la société Total Outre-Mer, société anonyme,

6°/ à la société Total Réunion, société anonyme,

7°/ à la société Air France, société par actions simplifiée unipersonnelle,

défendeurs à la cassation ;

V - Sur le pourvoi n° U 09-72.894 formé par la société Esso Saf, société par actions simplifiée,

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

1°/ à la société Chevron products compagny,

2°/ à la société Pétroles Shell, société par actions simplifiée,

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 ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

7°/ au président de l'autorité de la concurrence,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse au pourvoi J 09-72.655 invoque, à l'appui de son pourvoi, les sept moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi M 09-72.657 invoque, à l'appui de son pourvoi, les sept moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi P 09-72.705 invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi Z 09-72.830 invoque, à l'appui de son pourvoi, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi U 09-72.894 invoque, à l'appui de son pourvoi, les six 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 25 janvier 2011, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire rapporteur, M. Petit, conseiller doyen M. Jenny, Mme Pezard, Mme Laporte, Mme Bregeon, M. Le Dauphin, Mme Mandel, M. Grass, M. Laborde, conseillers, Mme Farthouat-Danon, M. Pietton, M. Delbano, Mme Maitrepierre, Mme Tréard, conseillers référendaires, Mme Batut, avocat général, Mme Molle-de Hédouville, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire, les observations de la SCP Defrenois et Levis, avocat de la société Chevron products company, de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Esso Saf, de la SCP Odent et Poulet, avocat de la société des pétroles Shell, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Total Réunion, de la société Total Outre-Mer, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du président de l'autorité de la concurrence, de Me Le Prado, avocat de la société Air France, l'avis de Mme Batut, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° J 09-72.655 formé par la société Total Réunion, M 09-72.657, formé par la société Total Outre-Mer, P 09-72.705, formé par la société des pétroles Shell, Z 09-72.830 formé par la société Chevron products company et U 09-72.894 formé par la société Esso SAF qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Air France a saisi le Conseil de la concurrence (le Conseil), devenu l'Autorité de la concurrence, d'une plainte faisant état d'une entente, entre les sociétés Total Fina Elf, Air Total International, Shell, Exxon Mobil aviation international et Texaco Limited, et dont elle aurait été la victime, cette entente, mise en œuvre lors de l'appel à concurrence organisé par elle en septembre 2002, pour l'approvisionnement en kérosène de son escale de la Réunion, ayant consisté en une répartition de ce marché à des prix convenus ; que sur la base des éléments recueillis par

l'instruction, des griefs d'entente visant à fausser le jeu de la concurrence et à relever le niveau des prix du kérosène ont été notifiés, notamment, aux sociétés Exxon Mobil et ses filiales Esso Réunion, Exxon Mobil International Aviation et Esso SAF, Pétaoles Shell, Chevron USA Inc. et à ses filiales Chevron Texaco Global International, devenue Chevron Products Company, ainsi qu'à la société Total SA et ses filiales Total Outre-Mer et Total Réunion ; que par une décision n° 08-D-30, le Conseil a énoncé qu'il était établi que les sociétés Total Outre-Mer, Total Réunion, Chevron Global Aviation (la société Chevron), Shell SPS (la société Shell) et Esso SAF (la société Esso) avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, en faussant la concurrence entre elles lors de l'appel d'offres organisé par Air France en 2002, pour la fourniture en carburéacteur de son escale à la Réunion ; qu'en conséquence, le Conseil a infligé à chacune de ces entreprises des sanctions pécuniaires ;

Sur le moyen d'annulation du pourvoi n° U 09-72.894, le premier moyen et le cinquième moyen, pris en sa quatrième branche, des pourvois n° J 09-72.655, M 09-72.657 et le premier moyen du pourvoi n° Z 09-72.830, rédigés de façon similaire, réunis :

Attendu que les sociétés Esso, Total Outre-Mer, Total Réunion et Chevron font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs recours, alors selon le moyen :

*1°) que les dispositions de l'article L. 464-8 du code de commerce sont contraires à la Constitution en qu'elles ne garantissent pas le respect dû aux droits de la défense et notamment, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; que la décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution les dispositions législatives susvisées prive de fondement légal l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 novembre 2009 en application du texte susvisé ;*

*2°) que les dispositions de l'article L. 450-1 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, sont contraires au principe constitutionnel de liberté individuelle et notamment de l'inviolabilité du domicile, ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution instituant l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle et au principe d'égalité garanti par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que la décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution les dispositions législatives susvisées prive de fondement légal les visites diligentées en application de ce texte, de sorte qu'encourent l'annulation l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 novembre 2009 et la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence du 8 décembre 2008 qui se sont prononcés sur la base des résultats des visites ainsi pratiquées ;*

3°) que l'abrogation d'une disposition législative, en ce qu'elle fait perdre à l'arrêt qui en fait application son fondement juridique, entraîne de plein droit l'anéantissement de celui-ci ; que l'abrogation à intervenir de l'article L. 464-8 du code de commerce en application de l'article 62 de la Constitution entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique ;

4°) que l'abrogation à intervenir des articles L. 450-1 et L. 450-4 du code de commerce en application de l'article 62 de la Constitution entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique ;

Mais attendu que les demandes de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces dispositions présentées par les sociétés Esso, Total Outre-Mer, Total Réunion et Chevron, ont été déclarées irrecevables par arrêts n° 12 079 du 18 juin 2010 et n° 12 178 du 9 juillet 2010, n° 12 080, 12 081, 12 082, 12 083 et 12 084 du 18 juin 2010 et n° 12 179 du 9 juillet 2010 ; que le moyen manque par le fait même qui lui sert de base ;

Sur le quatrième moyen, pris en ses quatre premières branches, rédigés en termes identiques, des pourvois n° J 09-72.655 et M 09-72.657, le troisième moyen, pris en ses cinq premières branches, du pourvoi n° P 09-72.705, le deuxième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi n° Z 09-72.830 et le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, du pourvoi n° U 09-72.894, réunis :

Attendu que les sociétés Total Réunion, Total Outre-Mer, Shell, Chevron et Esso font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours, alors, selon le moyen :

1°) que pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres ; qu'en se bornant à déduire l'affectation du commerce entre États membres de considérations générales sur le transport aérien la cour d'appel qui n'a pas établi avec un degré de probabilité suffisant en quoi le commerce entre États membres risquait, en l'espèce, de se trouver affecté, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

2°) que la nationalité des participants à une entente nationale ne permet pas de conclure que la condition relative aux effets sur le commerce entre États membres est remplie : qu'en affirmant au contraire qu'à défaut d'établir qu'aucun opérateur présent sur le marché n'est ressortissant de la communauté, les sociétés mises en cause dont certaines ont leur siège social dans un autre Etat membre, ne peuvent pas échapper à l'application du droit communautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

3°) qu'en retenant, pour considérer que le commerce intracommunautaire était affecté, que la destination de Saint-Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la communauté, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à définir les contours d'un marché pertinent et à caractériser une affectation du commerce entre États membres, a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

4°) que les conditions d'application de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE sont d'interprétation stricte ; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué que le marché en cause était celui du carburéacteur sur l'île de la Réunion ; qu'en déduisant l'affectation du commerce entre États membres des répercussions de l'entente sur des marchés connexes mais distincts à savoir notamment celui du transport aérien de passagers, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble les articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

5°) que le droit communautaire ne s'applique à une entente que si elle est susceptible d'affecter les échanges communautaires, que cela suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres ; qu'en déduisant l'existence d'une telle affectation du lieu du siège social des entreprises sociales en cause sans constater un quelconque transport transfrontalier de carburéacteur la cour d'appel a violé l'article 81 CE ;

6°) qu'il résulte des constatations de la cour d'appel l'existence de paiements internationaux et de celles du Conseil de la concurrence le fait que les quatre sociétés concernées sont, pour trois d'entre elles, domiciliées en Grande Bretagne et pour la quatrième en Suisse ; qu'en déduisant de ces paiements qui sont soit intracommunautaires, soit entre un pays de l'Union et

*un pays tiers, l'existence d'échanges intracommunautaires transfrontaliers, la cour d'appel a violé l'article 81 CE ;*

*7°) que la seule nationalité de passagers ne caractérise pas l'existence d'échanges économiques transfrontaliers ; qu'en se fondant sur un tel fait, inopérant, la cour d'appel a violé l'article 81 CE ;*

*8 °) que l'affectation des échanges entre États membres est exclue dans le cas où sont en cause les transports entre deux parties du territoire d'un seul État membre ; qu'en estimant qu'une affectation des échanges entre États membres était possible pour l'approvisionnement en carburéacteur des vols entre la France métropolitaine et la Réunion en se fondant sur des considérations inopérantes tirées de la nationalité des passagers et la dimension des groupes concernés, la cour d'appel a violé l'article 81 CE ;*

*9°) que l'affectation du commerce suppose que l'accord ou la pratique abusive soit susceptible de détourner des courants commerciaux entre États membres de leur orientation naturelle probable en l'absence de l'accord ou de la pratique ; qu'en estimant cette affectation établie sans constater un tel détournement la cour d'appel a violé l'article 81 du Traité CE ;*

*10°) qu'en ne constatant pas d'incidence, directe ou indirecte, réelle ou potentielle de la pratique en cause sur l'orientation naturelle des courants commerciaux entre États membres ni aucun cloisonnement d'un marché, la cour d'appel n'a pas caractérisé d'affectation du commerce entre États membres par les pratiques litigieuses, privant sa décision de base légale au regard de l'article 81 du traité CE ;*

*11°) que l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE) et le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne sont applicables que si des échanges entre États membres sont affectés par la pratique en cause ; qu'ainsi que l'invoquait la société Esso SAF, la pratique litigieuse concernait un carburéacteur transporté entre le Moyen-Orient ou Singapour et l'île de La Réunion, de sorte qu'elle réalisait un échange entre un État européen et un État extérieur à l'Europe, peu important le lieu du siège social des entreprises participant à l'appel d'offres et n'affectait donc pas le commerce intracommunautaire ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

*12°) que l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE) et le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne sont applicables que si le commerce intracommunautaire est affecté par la pratique en cause ; qu'à supposer que la pratique concerne une ligne aérienne interne à la France, il importe peu alors que les passagers voyageant entre la Métropole et le*

*département français de La Réunion, puissent avoir la nationalité d'un autre Etat membre que la France ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

Mais attendu que l'arrêt, par motifs propres et adoptés, rappelle qu'aux termes de la jurisprudence communautaire et de la communication de la Commission énonçant des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE, devenus les articles 101 et 102 du TFUE, ces dispositions s'appliquent aux pratiques qui concernant des échanges entre États membres sont susceptibles d'affecter le commerce entre ceux-ci de manière sensible ; qu'il relève qu'il résulte tant de la nature de la pratique, consistant en une entente horizontale de répartition d'un marché qu'il a défini, que de la position des entreprises en cause qui, appartenant à des groupes de dimension internationale ont leur siège et le centre de leurs intérêts dans les États membres de la Communauté et, enfin, du fait que la société Air France attirait sur la destination de Saint-Denis de la Réunion des ressortissants de pays de la Communauté européenne, que l'activité transcommunautaire était nécessairement, ou au moins, potentiellement affectée ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui s'est référée à plusieurs critères incluant l'établissement des parties en cause et leurs activités sur le territoire de la Communauté, ainsi que la nationalité de passagers, sans qu'importe le lieu de provenance du kérosène vendu et acheminé par les parties, a caractérisé l'affectation du commerce intracommunautaire et a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche, rédigés en termes identiques, des pourvois n° J 09-72.655 et M 09-72.657, le quatrième moyen, pris en sa septième branche, du pourvoi n° Z 09-72. 830 et le 1er moyen du pourvoi n° P 09-72.705, réunis :

Vu les articles R. 464-12, 2° et R. 464-17 du code de commerce, dans leur rédaction applicable en la cause ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes, que lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties devant le Conseil, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe et que lorsque cette déclaration ne comporte pas les motifs de l'intervention, ceux-ci peuvent être déposés dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil, sous peine d'irrecevabilité relevée d'office ;

Attendu que pour admettre la recevabilité de l'intervention volontaire de la société Air France, l'arrêt retient que le renvoi de l'article R. 464-17 du code de commerce à l'article R. 464-12 du même code ne peut

concerner que l'alinéa 1er puisque l'article R. 464-17 énonce expressément que la motivation doit être fixée dès le dépôt de l'intervention ; qu'il retient encore que les entreprises sanctionnées ne rapportent pas la preuve d'une atteinte à leurs droits résultant de la date du dépôt des observations de la société Air France ;

Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé par fausse interprétation les textes susvisés ;

Et sur le quatrième moyen des pourvois n° J 09-72.655 et M 09-72.657, pris en leur cinquième et sixième branches, rédigés en termes identiques, le troisième moyen, pris en sa 6e branche, du pourvoi n° P 09-72.705, le deuxième moyen, pris en sa 2e branche, du pourvoi n° Z 09-72.830 et le troisième moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi n° U 09-72.894, réunis ;

Vu l'article 81 CE, devenu l'article 101 du TFUE ;

Attendu que pour rejeter les recours, l'arrêt retient que dans la mesure où le comportement des sociétés en cause ne couvre qu'un Etat membre ou une partie de celui-ci, le caractère sensible de l'affectation doit être apprécié au regard de la nature de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position des entreprises sur le marché des produits concernés et précise qu'au regard de l'entente mise en œuvre par les filiales de grands groupes pétroliers de taille mondiale et exerçant leur activité sur le territoire de la Communauté, la pratique était susceptible d'affecter d'autres entreprises de taille mondiale présentes sur le même territoire ; qu'il en déduit que l'affectation du commerce intracommunautaire était sensible ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs pris de la seule taille des entreprises et du lieu de leurs activités, insuffisants à établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, lequel, en l'état d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un tel Etat, devait 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, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 novembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, 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 le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi 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 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 premier mars deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi J 09-72.655 par de la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux conseils pour la société Total Réunion SA ;

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence, En ce qu'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué qu'il a été rendu au vu des observations écrites et orales de l'Autorité de la concurrence ;

ALORS QUE les garanties constitutionnelles des droits de la défense et du procès équitable interdisent à une autorité qui a prononcé une sanction à l'encontre d'une personne de se comporter ensuite comme une partie au procès dans la même instance ; que si les articles L 461-4 et L 464-8 du Code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à agir en demande ou en défense devant toutes les juridictions et notamment à défendre les propres décisions de cette autorité tant devant la juridiction d'appel que devant la Cour de cassation, ces textes sont contraires aux articles 34 de la Constitution et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen garantissant le droit à un procès équitable, ainsi qu'au principe fondamental reconnu par les lois de la République des droits de la défense ; qu'à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité qui interviendra, l'arrêt attaqué se trouvera privé de base légale au regard des textes susvisés.

### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur la recevabilité de l'intervention d'Air France)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence et spécialement d'avoir déclaré recevable l'intervention de la société Air France ;

AUX MOTIFS QUE toutes les parties requérantes soulèvent l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la compagnie Air France, motif pris de ce que la déclaration d'intervention d'Air France en date du 12 février 2009 ne contenait pas l'exposé des moyens invoqués ; que, plus de cinq mois après avoir reçu la notification de la décision du Conseil de la concurrence, Air France a déposé au greffe de la Cour le 21 mai 2009 des observations contenant l'exposé de ses moyens, ainsi qu'une demande tendant à la condamnation des cinq

entreprises auteurs de recours à lui payer la somme de 75.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ; que les dispositions de l'article R. 464-12 du Code de commerce sont applicables lorsqu'une partie exerce la faculté qui lui est offerte à l'article R. 464-17 du Code de commerce de se joindre à l'instance ; qu'il en résulte que l'exposé des moyens invoqués doit être déposé dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence ; que les moyens développés par Air France tendant au rejet des recours principaux exposés dans son mémoire du 21 mai 2009, doivent être déclarés irrecevables d'office par application de l'article R. 464-12 du Code de commerce ; que (cependant) par application de l'article R 464-17 du Code de commerce, lorsque le recours risque d'affecter les droits ou charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence ou, à l'époque de la procédure litigieuse, devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois après la réception de la lettre de notification du recours ; que cette déclaration est déposée au greffe dans les conditions de l'article R 464-12 du même Code ; que ce renvoi de l'article R 464-17 à l'article R 464-12 ne peut concerner que l'alinéa premier (1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>) dudit article, relatif à la forme de la déclaration ; qu'en effet, l'alinéa 2, qui autorise le déclarant à déposer son acte au greffe sans en exposer les moyens et à exprimer ceux-ci plus tardivement, ne bénéficie nécessairement qu'à l'auteur d'un recours, principal ou incident, puisque l'article R 464-17, quant à lui, impose à l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration ; que la notification de la Décision a été faite le 11 et reçue le 12 décembre 2008 ; que les recours des entreprises sanctionnées ont été déposés les 11 et 12 janvier 2009 et notifiés dans les cinq jours à Air France ; que la compagnie Air France a déclaré se joindre à la procédure par acte du 12 février 2009 ; que la déclaration au greffe en date du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et de ses conseils ; qu'elle énonce en ces termes l'objet de l'intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la Décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; qu'enfin, la déclaration d'intervention comporte à titre de motivation la phrase "le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause. Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense ; que dès lors, pour se plaindre de ce qu'Air France n'aurait pas valablement motivé sa déclaration d'intervention, ne l'aurait fait que dans ses écritures ultérieures datées du 20 mai 2009, et n'aurait donc pas respecté le délai d'un mois susmentionné, les entreprises sanctionnées doivent démontrer une atteinte à leurs droits ; que cette preuve n'est pas rapportée, ni même proposée dans les écritures des parties ; qu'au contraire, il résulte de l'ordonnance de procédure du Premier président en date du 24 février 2009,

modifiée le 10 avril suivant, qu'Air France a été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009, de sorte que les requérants puissent y répliquer avant le 8 octobre ; que le moyen d'irrecevabilité des requérantes sera rejeté ;

1°) ALORS QUE les dispositions de l'article R 464-12 du Code de commerce imposant, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, le dépôt des moyens invoqués dans les deux mois suivant la notification de la décision du Conseil de la concurrence sont applicables non seulement en cas de recours incident mais aussi en cas d'intervention volontaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ces deux hypothèses ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles R 464-12 et R 464-17 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE la déclaration par laquelle une partie présente devant l'Autorité de la concurrence déclare se joindre à l'instance en cause d'appel doit être écrite et motivée et déposée dans le mois de la notification du recours risquant d'affecter ses droits ; qu'en considérant que la déclaration au greffe de la société Air France du 12 février 2009 était suffisamment motivée dans la mesure où elle énonçait notamment l'objet de l'intervention et sollicitait la confirmation de la décision du Conseil de la concurrence, tout en constatant que la société Air France avait « été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009 », établissant ainsi l'insuffisance de la motivation de son intervention initiale, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article R 464-17 du Code de commerce ;

3°) ALORS QU'en affirmant que la société Air France avait pu valablement préciser, le 20 mai 2009, les moyens invoqués à l'appui de son intervention du 12 février 2009, après avoir constaté qu'il incombe à « l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration », ce qui exclut nécessairement tout droit pour l'intervenant de préciser son argumentation en cours de procédure, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé de plus fort l'article R 464-17 du Code de commerce ;

4°) ALORS QUE le respect des dispositions des articles R 464-12 et R 464-17 du Code de commerce s'impose à peine de nullité et d'irrecevabilité du recours ou de l'intervention prononcée d'office ; qu'en affirmant qu'il appartient aux entreprises contestant la recevabilité d'une intervention volontaire de démontrer une atteinte à leurs droits, la cour d'appel qui a subordonné l'application de ces règles à la preuve de l'existence d'un grief, a ajouté à la loi et violé les textes susvisés.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'atteinte au secret du délibéré, à l'impartialité et à la présomption d'innocence)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE sur la violation prétendue du secret du délibéré, conformément aux dispositions de l'article R. 464-8 du Code de commerce, les parties ont reçu notification de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception ; que le Conseil a adressé par voie électronique et mis en ligne le 4 décembre, jour même de la fin du délibéré la version numérisée de la décision ; que les requérants estiment que cette initiative a constitué une violation du délibéré ; qu'en effet, celui-ci n'aurait pas été achevé, comme le démontreraient les différences substantielles entre la version électronique diffusée prématurément pour information, et la version définitive, notifiée par la voie postale plusieurs jours plus tard ; que les parties ne peuvent utilement soutenir que la mise en ligne et l'envoi électronique, dans les conditions rappelées ci-dessus, aurait violé le secret du délibéré en cours ; que ce délibéré avait pris fin du fait même de la signature de la minute le 4 décembre ; que cette signature marque la fin du délibéré et atteste que la décision est conforme à ce dernier ; qu'aucune circonstance postérieure ne peut affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil au terme de ce délibéré ; qu'ensuite, même affectée d'erreurs, une diffusion électronique ne saurait produire de quelconques effets de droit, notamment pas ceux d'une violation du secret du délibéré, dès lors qu'elle n'a pas été antérieure à la date à laquelle la Décision a été rendue, soit le jour de la fin du délibéré et dès lors que cette version électronique mentionnait expressément " vous voudrez bien noter que l'envoi, pour information, d'une décision par courriel ne revêt pas un caractère de notification faisant courir les délais de recours contentieux. Cette dernière interviendra, en effet, ultérieurement et sera effectuée par voie postale en recommandé avec AR. En cas de recours devant la Cour d'appel, seule l'ampliation certifiée conforme accompagnée de la notification revêt un caractère officiel" ; que le moyen doit être rejeté ;

ET AUX MOTIFS ENCORE sur la violation prétendue de la présomption d'innocence, notamment par diffusion d'un communiqué de presse visant à tort les sociétés Total ; que les communiqués de presse diffusés par le Conseil de la concurrence qui n'entrent pas dans le champ de compétence de la cour, ne sont en aucun cas des causes possibles d'annulation ou de réformation des Décisions, et que leurs conséquences ne peuvent relever que d'une réparation de droit commun sur la preuve d'un dommage ; qu'en toute hypothèse, à la suite d'un courrier du conseil de la société Total Outre Mer du 11 décembre 2008 appelant l'attention sur l'ambiguïté que pouvait faire naître un passage du communiqué relatif à l'augmentation du coût d'approvisionnement sur l'escale

de la Réunion générée par les pratiques, le président du Conseil a fait procéder, suivant courrier du 15 décembre 2008, à la modification du communiqué, ce qui montre, s'il en était besoin, le souci du Conseil de diffuser un communiqué dont le contenu soit parfaitement objectif ; que le moyen articulé par les requérantes sera rejeté ;

1°) ALORS QU'en se bornant à affirmer que le délibéré du Conseil de la concurrence avait pris fin le 4 décembre 2008 dans la matinée, sans vérifier comme elle y avait été invitée, si les modifications apportées ultérieurement au texte présenté comme étant la décision, attestées par l'auteur de la minute de la décision dans une communication aux parties en date du 5 décembre 2008 et qui portaient sur la dénomination des entreprises sanctionnées et le montant des sanctions, n'avaient pas affecté non seulement ses motifs mais aussi son dispositif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, que cette exigence qui s'impose au Conseil de la concurrence, doit s'apprécier objectivement ; qu'en affirmant que le contenu erroné d'un communiqué de presse du Conseil de la concurrence ne constituait pas une cause d'annulation ou de réformation de la décision du Conseil, tout en reconnaissant que le communiqué initial n'était pas objectif et avait dû être corrigé à la demande des sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion, ce qui faisait naître un doute légitime sur l'impartialité du Conseil, la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°) ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, que cette exigence qui s'impose au Conseil de la concurrence, doit s'apprécier objectivement ; qu'en déduisant la parfaite objectivité du Conseil de la concurrence de ce que celui-ci avait corrigé a posteriori les erreurs commises à la demande des parties mises en cause, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à garantir l'impartialité du Conseil, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°) ALORS QU'en publiant sur son site internet le 4 décembre 2008 un texte présenté comme la décision, dont le contenu a été modifié ensuite à plusieurs reprises, la décision n'ayant été officiellement notifiée aux parties que le 11 décembre 2008 puis en diffusant le 4 décembre 2008 par voie électronique un communiqué de presse, dont le contenu, défavorable aux sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion était erroné, le Conseil de la concurrence a irrémédiablement porté atteinte à la présomption d'innocence des sociétés

Total Outre-Mer et Total Réunion ; qu'en affirmant que le délibéré avait pris fin le 4 décembre 2008 au matin et qu'aucune circonstance postérieure ne peut affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil au terme de ce délibéré", la cour d'appel a violé l'article 6 §2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur la condition d'affectation du commerce entre Etats membres)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE l'ensemble des entreprises requérantes invoque une violation du droit communautaire, en ce que le commerce intracommunautaire n'aurait pas été affecté par les pratiques incriminées ; qu'elles invoquent une absence d'échanges entre Etats membres sur les produits concernés que ce soit sur le marché de la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion ou que ce soit sur le marché connexe du transport aérien entre Paris et La Réunion ; qu'au contraire, il leur apparaît que le marché pris en considération par les griefs notifiés était non pas la fourniture de carburant, mais le "différentiel", défini précédemment dans l'exposé des faits de la cause ; qu'elles ajoutent que lorsque des compagnies pétrolières françaises ou étrangères ont voulu intégrer les deux GIE, elles n'en ont pas été empêchées et y ont même réussi en ce qui concerne la compagnie Tamoil ; que les requérantes se prévalent encore de ce que les pratiques n'étaient pas susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres dès lors que les lignes exploitées sur le marché local concerné étaient intérieures à la France et que le seul fait que les usagers pouvaient être européens n'était pas de nature à caractériser cette affectation ; que les sociétés Shell SPS et Esso SAF font précisément valoir que le produit concerné, le carburéacteur livré à Air France sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion, ne provient pas de la Communauté européenne ; que les sociétés du groupe Total soutiennent quant à elles que le marché de l'approvisionnement n'étant pas en cause, le critère du siège des filiales de « trading » ne peut être pertinemment retenu ;

QUE pour apprécier l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le Conseil s'est référé à bon escient (aux) règles dégagées par la Commission européenne dans sa communication du 27 avril 2004 dite Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (Communication de la Commission, 2004/C 101/07, JOCE du 27 avril 2004, p.81) ; que ces lignes directrices énoncent trois critères, cumulatifs, de l'affectation du commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre

Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (a), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (b) et le caractère sensible de la possible affectation (c) ; qu'il faut aussi préciser que le champ des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés n'est pas limité aux mouvements transfrontaliers des produits ou des services concernés, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale ;

QUE sur l'existence d'échanges entre les Etats membres portant sur les produits concernés par les pratiques, les pratiques affectaient un marché principal et deux marchés connexes qui étaient susceptibles d'être concernés par des échanges intra-communautaires : - d'abord, le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies nationales ou européennes dans le département français de la Réunion ; qu'en effet, les offreurs sont des entreprises multinationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de la Communauté, en particulier la France et le Royaume-Uni ; qu'ainsi, pour l'appel d'offres de 2002, trois des entreprises soumissionnaires avaient leur siège en Angleterre : les sociétés Exxon Mobil International (EMAIL) agissant pour Esso SAF, Chevron Texaco Aviation et Shell Aviation Ltd agissant pour le compte de Shell ; que par ailleurs, l'achat de carburéacteur est effectué à tour de rôle par la filiale de « trading » de l'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies et trois de celles-ci sont établies au Royaume-Uni ; que pour échapper à l'application du droit communautaire au titre du premier critère résumé dans les Lignes directrices, en invoquant l'exemple de lignes maritimes purement nationales, les requérantes auraient dû établir non pas seulement que les lignes exploitées étaient intérieures à la France, s'agissant des liaisons assurées entre le continent et l'île de la Réunion, mais aussi que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne pouvait être caractérisée par le seul fait que les usagers pouvaient être européens, et également la circonstance qu'aucun des opérateurs présents sur le marché n'était ressortissant de la Communauté ; - ensuite, le marché de l'approvisionnement, qui était bien visé dans la saisine et constituait, en toute hypothèse, un marché connexe à celui de la fourniture de carburéacteur ; - enfin, le marché connexe du transport de passagers, français ou européens, vers ou au départ de la Réunion ; que ce marché est, par nature, un lieu d'échanges entre Etats membres dans la mesure où les vols entre la Réunion et la métropole concernent nécessairement tous les voyageurs de la Communauté européenne et pas seulement les passagers français ; que le marché du transport de passagers à destination de la Réunion était affecté par les pratiques dans la mesure où le coût du carburant retentissait directement sur le prix des billets d'avion ; que l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ;

QUE sur l'affectation des échanges entre Etats membres, la société Shell SPS estime que le critère de l'implantation des entreprises en cause ou celui de la

nationalité des passagers ne sont pas des critères pertinents ou déterminants en soi pour considérer que la condition relative aux effets sur le commerce des Etats membres est remplie ; que la même requérante doute que les pratiques incriminées aient pu affecter potentiellement l'activité économique transfrontalière d'Air France, puisque les passagers voyageant sur cette compagnie ne pouvaient concrètement pas être des ressortissants des autres Etats membres, sinon dans des proportions infimes ; que les pratiques d'ententes sont (cependant) soumises au droit communautaire, même lorsqu'elles ne produisent leurs effets que sur le territoire d'un Etat membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d'exercer éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d'échange entre Etats membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité ; que cette affectation peut n'être que potentielle, seulement susceptible d'affecter les échanges communautaires ; qu'en conséquence l'appréciation de l'affectation des échanges peut résulter de plusieurs facteurs qui pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants : ainsi, comme le relève la Décision critiquée, la nature de l'accord ou la pratique en cause, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, la position et l'importance des entreprises en cause ; qu'en l'espèce, les pratiques en cause étaient bien susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature et à la position des entreprises en cause ; que s'agissant de la nature de la pratique incriminée, elle relève du calcul de prix de revient du transport aérien et que les entreprises mises en cause déniaient vainement l'affectation directe du prix des billets d'avion supporté par le consommateur européen, dès lors que ce prix dépend directement de celui du carburéacteur, comme l'a souligné la Décision (parag. 178) sans être valablement contredite ; que s'agissant de la position des entreprises en cause, il a déjà été exposé que les compagnies pétrolières relevaient de quatre groupes de dimension internationale, ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans des Etats membres de la Communauté ; que pour Air France en particulier, la destination de St Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la Communauté , ce qui signifie que l'activité transcommunautaire de cette compagnie aérienne est nécessairement ou au moins potentiellement affectée ;

QUE en ce qui concerne la condition d'affectation sensible, l'ensemble des entreprises requérantes soutient que le Conseil a retenu le critère du caractère sensible de l'affectation en procédant à une interprétation erronée des lignes directrices ; que les pratiques n'ayant concerné que l'escale d'Air France à la Réunion et non la totalité du territoire français, l'accord est de nature locale : dès lors, lui est applicable, non pas la présomption positive édictée par les lignes directrices (point 53) retenue par le Conseil, mais le point 90 des lignes directrices qui impose que la part du marché national à laquelle l'accès est interdit soit « importante » pour établir l'applicabilité du droit communautaire ; que cette condition n'est pas remplie en l'espèce, le volume des ventes affecté

(carburéacteur vendu à Air France à la Réunion en 2002-2003) ne représentant que 1,24 % des ventes nationales (du volume global de carburéacteur vendu en France sur cette même période) ; qu'en toute hypothèse, pour l'application du point 53, ne devrait être pris en compte que le seul chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec la vente des produits concernés par les pratiques, c'est-à-dire le seul carburéacteur fourni à Air France en 2002/2003 (soit seulement 22 millions d'euros, voire, selon les sociétés du groupe Total, la concurrence ne portant que sur le différentiel qui ne représente qu'environ 25 % du prix total du produit, seulement un chiffre d'affaires d'environ 5,5 millions d'euros) ; que (cependant) les accords qui concernent un seuil de chiffre d'affaires des entreprises en cause supérieur à 40 millions d'euros sont présumés affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ; que la présomption disparaît lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un Etat membre ; que si cette présomption ne joue pas, les accords et pratiques affectent sensiblement le commerce intracommunautaire s'ils affectent le marché d'une manière significative, compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ; que, de manière plus détaillée, le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; qu'ainsi l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause ; qu'en toute hypothèse, et au regard du critère de la position favorable des entreprises et de la nature des prestations fournies, la Décision critiquée était fondée à relever : - que les entreprises en cause étaient, soit les «filiales aviation» de grands groupes pétroliers, soit des filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que bien que le marché soit de dimension locale, les compagnies pétrolières en cause sont des entreprises de taille mondiale et leurs pratiques d'entente horizontale sont susceptibles d'affecter d'autres entreprises pétrolières, également de taille mondiale, actives sur les marchés des carburéacteurs et sur le territoire de la Communauté européenne ; - que le produit concerné était le carburéacteur et non pas le seul différentiel, qui est une composante du prix ;

QU'il convient donc de rejeter ce moyen ; qu'il résulte que le Conseil a fait la démonstration, que la cour adopte, qu'étaient réunis les trois éléments requis par les Lignes directrices pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir affecté le commerce intracommunautaire de façon sensible ; que le moyen contraire des requérantes sera rejeté ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE (...) les sociétés Shell SPS, Exxon, Total et Chevron estiment que le Conseil a validé lesdites visites domiciliaires ensuite d'une application erronée du droit communautaire, comme énoncé au "2" ci-dessus (...) en réponse à l'argumentation des autres sociétés requérantes,

est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : " Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité ; que le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12 ", qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité ; que le moyen visant à écarter l'application de ce texte en la cause sera rejeté, pour les motifs tirés de l'applicabilité du droit communautaire, exposés au paragraphe 2 ci-dessus (...);

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE sur la définition du marché, la définition du marché dans l'enquête et l'instruction sur une entente horizontale, a pour utilité de déterminer le droit applicable, de caractériser une pratique et d'établir la gravité du comportement anticoncurrentiel ; que le Conseil a pu, par des motifs pertinents que la cour fait siens et qui ne sont pas contradictoires avec ce qui est énoncé sur l'applicabilité du droit communautaire (voir parag. 2-a ci-dessus) ou ce qui le sera sur la gravité du comportement poursuivi (voir plus loin, parag. 5-a), écrire (Décision, parag. 21 1 suiv.) que "le marché de produit est celui du carburéacteur qui constitue, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission, un marché de produit distinct des autres carburants (tels que l'essence automobile, le gazole, le carburant marin ou le fuel domestique) ; le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion puisque l'approvisionnement se fait à cette escale ; qu'en effet, pour les vols directs pour la métropole, qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autre possibilité pour les compagnies que de s'approvisionner en carburéacteur sur place ; que l'escale de Saint-Denis de la Réunion n'est donc substituable à aucune autre escale et il existe une demande spécifique de l'approvisionnement en kérosène des avions qui font escale à la Réunion" ; que dès lors, le moyen sera rejeté ;

1°) ALORS QUE pour être susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, une décision, un accord ou une pratique doivent sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre Etats membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre Etats membres ; qu'en se bornant à déduire l'affectation du commerce entre Etats membres de considérations générales sur le transport aérien la cour d'appel qui n'a pas établi avec un degré de probabilité suffisant en quoi le commerce entre Etats membres risquait, en l'espèce, de se trouver affecté, n'a pas légalement justifié sa

décision au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 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 ;

2°) ALORS QUE la nationalité des participants à une entente nationale ne permet pas de conclure que la condition relative aux effets sur le commerce entre Etats membres est remplie : qu'en affirmant au contraire qu'à défaut d'établir qu'aucun opérateur présent sur le marché n'est ressortissant de la communauté, les sociétés mises en cause dont certaines ont leur siège social dans un autre Etat membre, ne peuvent pas échapper à l'application du droit communautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble 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 ;

3°) ALORS QU'en retenant, pour considérer que le commerce intracommunautaire était affecté, que la destination de Saint-Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la communauté, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à définir les contours d'un marché pertinent et à caractériser une affectation du commerce entre Etats membres, a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 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 ;

4°) ALORS QUE les conditions d'application de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE sont d'interprétation stricte ; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué que le marché en cause était celui du carburéacteur sur l'île de la Réunion ; qu'en déduisant l'affectation du commerce entre Etats membres des répercussions de l'entente sur des marchés connexes mais distincts à savoir notamment celui du transport aérien de passagers, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble 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 ;

5°) ALORS QU'en affirmant que les pratiques en cause étaient susceptibles eu égard à leur nature d'affecter sensiblement les échanges communautaires tout en admettant que les conditions de la présomption d'affectation sensible du commerce intracommunautaire ne sont pas réunies, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble 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 ;

6°) ALORS QU'en retenant que la pratique en cause était susceptible d'affecter sensiblement "les marchés des carburéacteurs [...] sur le territoire de la Communauté européenne", tout en constatant que le marché du carburéacteur en cause était limité, d'un point de vue géographique, à la seule escale de l'île de la Réunion, ce qui conférait au marché en cause une dimension non seulement nationale mais surtout locale et excluait en toute hypothèse toute affection sensible du commerce intracommunautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble 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.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION («sur le sort des visites domiciliaires effectuées à Londres»)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE les sociétés Shell SPS, Exxon, Total et Chevron estiment que le Conseil a validé lesdites visites domiciliaires en suite d'une application erronée du droit communautaire, comme énoncé au "2" ci-dessus, et après que le secrétaire général a affirmé faussement à l'office britannique compétent que le marché affecté incluait deux aéroports italiens ; que ces visites ont en outre constitué une violation de l'article 6 de la Convention ESDH et de l'article 12 parag.3 du Règlement UE 1.2003, tenant au fait que lesdites visites domiciliaires en Grande Bretagne n'ont pas été précédées d'une autorisation judiciaire, laquelle serait obligatoire même pour les personnes morales, étant précisé que le juge français aurait compétence pour évaluer le respect du droit étranger lors de procédures qui se sont déroulées à l'étranger, lorsque ces procédures emportent des effets sur le territoire français ; qu'enfin, ces visites auraient constitué une violation des règles de compétence des rapporteurs du Conseil, que les lois française (article 450.1 C.com.) britannique (section 65F du Competition Act) et communautaire (article 22-1° du règlement) n'autoriseraient pas à accompagner des diligences à l'étranger, en l'occurrence des visites domiciliaires ; que sur le tout, l'assentiment apparent des entreprises perquisitionnées à de tels agissements illicites a été surpris et que ces entreprises n'ont bénéficié d'aucun recours juridictionnel en Grande Bretagne, qui aurait constitué une garantie équivalente à ce qu'offre en pareil cas le droit français ; que les sociétés du groupe Total dénoncent en outre «l'instrumentalisation du droit communautaire» qui a conduit les services de l'instruction à demander l'assistance de l'Office of Fair Trading (OFT) lorsqu'il est apparu que les investigations menées en France ne permettaient pas

d'apporter la preuve des pratiques reprochées (...) ; que liminairement les sociétés du groupe Total n'ont pas fait l'objet d'investigations menées sur le fondement de l'article 22-1 du règlement n° 1/2003 ; qu'une entreprise n'est pas fondée à se plaindre des violations des droits de la défense d'une entreprise tierce ou à remettre en cause la régularité d'une procédure à laquelle elle est étrangère ; que les sociétés Total seront donc dites irrecevables à soulever ce moyen ;

1°) ALORS QU'une personne est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers, lorsque cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts ; qu'ainsi une personne est toujours recevable à contester la légalité d'une visite pratiquée au domicile d'une autre partie à la procédure, lorsque des pièces saisies à cette occasion lui sont ensuite opposées pour justifier sa condamnation ; qu'il ressort des propres mentions de l'arrêt attaqué et de la procédure que la condamnation des fournisseurs de carburacteur du chef d'entente repose pour l'essentiel sur les pièces découvertes dans les locaux des entreprises domiciliées à Londres grâce au concours des autorités britanniques ; qu'en affirmant qu'à défaut d'avoir fait l'objet d'investigations sur le fondement de l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003, les sociétés Total sont irrecevables à contester la légalité d'une procédure concernant des entreprises tierces, à laquelle, elles sont étrangères, bien que les opérations de visite illégalement pratiquées portaient directement atteinte à leurs intérêts, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n°1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

2°) ALORS QU'il suffit, pour qu'une personne poursuivie puisse contester une saisie de documents, que les pièces saisies ne soient pas dépourvues de tout lien avec l'exercice des droits de la défense ; qu'en érigeant en principe, pour décider que les «sociétés du groupe Total» étaient irrecevables à contester les visites et saisies pratiquées au Royaume-Uni «qu'une entreprise n'est pas fondée à se plaindre des violations des droits de la défense d'une entreprise tierce ou à remettre en cause la régularité d'une procédure à laquelle elle est étrangère», sans tenir compte du lien direct existant entre la saisie contestée et la poursuite dont les sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion étaient l'objet, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ;

3°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite ou déloyale est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; qu'en décidant que les sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion étaient irrecevables à contester

la légalité des opérations de visites et saisies pratiquées à l'étranger à la demande du Conseil de la concurrence, bien que les pièces ainsi découvertes ont ensuite été utilisées contre elles pour leur reprocher d'avoir participé à une entente, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 12 et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

ET AUX MOTIFS ENCORE QU'en réponse à l'argumentation des autres sociétés requérantes, est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : " Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité ; que le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12, qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité ; que le moyen visant à écarter l'application de ce texte en la cause sera rejeté, pour les motifs tirés de l'applicabilité du droit communautaire, exposés au paragraphe 2 ci-dessus ; que ce texte communautaire a par ailleurs été respecté par le Conseil et par l'OFT ; qu'en fait et d'abord, le Rapporteur général du Conseil a adressé au directeur général de l'OFT une demande d'assistance, en date du 3 décembre 2004, fondée sur l'article 22-1° du règlement CE n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, expliquant les raisons pour lesquelles l'assistance de l'OFT semblait nécessaire, à savoir la présence au Royaume-Uni des sièges sociaux ou de l'activité vente de plusieurs entreprises concernées, et indiquant que les pratiques présumées pouvaient être qualifiées de pratiques concertées ou d'abus de position dominante collective au regard des articles 81 et 82 du traité CE en raison de leurs effets potentiels sur le commerce entre Etats membres ; qu'en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le Rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur général de l'OFT puisse se déterminer ; que ce faisant, le Rapporteur général du Conseil n'a formellement violé aucune disposition en vigueur et a utilisé normalement les instruments du droit communautaire ; qu'en effet, les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs, et la faculté - prévue aux articles L. 463-2 et L. 463-7 du Code de commerce - qui leur est alors ouverte la possibilité de consulter le dossier, de

demander l'audition de témoins à décharge, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil ; qu'en droit et ensuite, comme l'a indiqué la Décision dans des termes que la cour fait siens, les dispositions de l'article 22-1<sup>o</sup> du Règlement 1/2003 organisent, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relèvent d'un contrôle distinct :

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

que la première et la troisième étape sont soumises au droit national applicable dans l'État demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet État, tandis que la deuxième est régie par le droit national applicable dans l'État destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet autre État ; qu'en l'espèce, la demande d'assistance a été adressée le 4 décembre 2004 par le Rapporteur général du Conseil de la concurrence au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT), autorité de concurrence du Royaume Uni ; qu'elle tendait à la recherche de preuves en vue de démontrer une infraction à l'article 81 du traité susceptible d'avoir été commise en France par des entreprises dont le siège est au Royaume Uni ; que cette demande a été acceptée le 12 avril 2005 par le directeur général de l'OFT, qui a fait procéder aux investigations dans les locaux des entreprises concernées (Chevron Texaco UK et Chevron Texaco Global Aviation, Shell Aviation Limited, Exxon Mobil Aviation International Limited) ; que les circonstances, mentionnées par le Rapporteur général dans sa demande d'assistance, que les pratiques étaient susceptibles d'avoir un impact sur des entreprises européennes concurrentes de celles mises en cause (comme BP) ou que d'autres du Rapporteur général, à ce stade débutant de la procédure, ne relève pas d'une "déloyauté" dont les entreprises requérantes soupçonnent avec beaucoup de légèreté le service instructeur du Conseil ; qu'en tout état de cause, il ne saurait remettre en question les conditions dans lesquelles et les motifs pour lesquels l'OFT a été saisi, puisque, comme énoncé au paragraphe 2 ci-dessus, l'affectation du commerce intracommunautaire était acquise ; qu'il sera aussi fait observer que le directeur général de l'OFT a, par un écrit du 12 avril 2005, autorisé des membres du personnel de cette autorité à pénétrer dans les locaux de la société Shell Aviation à Londres afin d'y exercer les pouvoirs conférés par l'article 65F de la loi (britannique) sur la concurrence, en sorte qu'il a nécessairement exercé une appréciation de fait et de droit sur la demande de son homologue français ; que c'est donc à tort que les sociétés du groupe Total invoquent une violation du principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC qui affecterait la validité de la demande adressée par le Rapporteur général du Conseil de la concurrence au président de l'OFT ; que par ailleurs, en ce qui concerne la présence des rapporteurs du Conseil lors des opérations, que toute contestation relative au déroulement des investigations menées au

Royaume-Uni dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 22-1 ° du règlement 1/2003 ne pouvait être portée que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit anglais ; qu'aucune des sociétés concernées par les investigations menées au Royaume-Uni n'a exercé un tel recours, l'affirmation selon laquelle ce juge britannique serait inaccessible et n'aurait qu'une compétence d'attribution limitée ne pouvant être proférée que si l'une au moins des sociétés visitées avait tenté une action ; qu'en tout état de cause, les trois rapporteurs du Conseil, régulièrement désignés, n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles entraient bien dans le cadre de l'enquête sollicitée sans exercer aucun des pouvoirs de la nature de ceux que leur confère l'article L. 450-4 du Code de commerce ; que le procès-verbal de visite indique que la rapporteure française a pénétré dans les locaux aux fins d'identifier tout document à remettre à l'OFT pour les besoins de l'enquête, dans la limite et pendant le temps où les agents de l'OFT sont présents dans les locaux pour l'exercice de leur mission en vertu de l'article 65D de la loi applicable à une enquête ; que leur présence a été acceptée par les entreprises visitées, comme le démontrent tant l'absence d'un quelconque recours devant le juge britannique, ainsi qu'il a été dit, et comme en atteste le procès-verbal d'accord de pénétrer dans des locaux, terminé par l'affirmation que la visite a eu lieu "harmonieusement", et signé par le représentant de l'OFT, la représentante de la société Chevron et Mme Wibaux, rapporteure du Conseil de la concurrence le 14 avril 2005 ; qu'en ce qui concerne l'absence d'autorisation judiciaire et le bénéfice des "garanties équivalentes", que l'article 22-1° du règlement précité prévoit que les mesures d'enquête exécutées sur le fondement de ce texte le sont « en application » du droit national de l'autorité exécutive ; qu'en droit anglais, coexistent deux types d'enquêtes incluant des visites dans des locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition (warrant) délivré par un juge (article 65G du Competition Act), l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65F du Competition Act) ; qu'en l'espèce, c'est la seconde procédure qui a été mise en oeuvre par l'OFT comme l'attestent notamment la mention « Notice of entry of business premises without a warrant under section 65F of the Competition Act 1998 » figurant sur les courriers adressés aux entreprises pour les informer des visites à venir dans leurs locaux ; que l'absence d'autorisation judiciaire ne saurait, par conséquent, être constitutive d'une irrégularité ; qu'en toute hypothèse, et en supposant que les garanties du droit anglais ne soient pas équivalentes à celles du droit français, l'article 12, 3°, du Règlement CE 1/2003 déjà cité énonce que les informations transmises d'ANC à ANC ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire ; que dans ce cas, cependant, les informations échangées ne

peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté ; que la protection qui est assurée par ces dispositions vise expressément et exclusivement les personnes physiques ; que par surcroît, et comme il a été dit, les documents ont été transmis volontairement aux enquêteurs, avec le plein accord des entreprises, conformément à la procédure du Competition Act choisie qui n'était pas coercitive ; qu'en somme, il résulte de ce qui précède que la requérante n'est pas fondée à demander que les documents recueillis en application de l'article 22-1<sup>o</sup> du règlement 1/2003 soient retirés du dossier ;

4<sup>o</sup>) ALORS QUE la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile sont des droits constitutionnellement garantis par le juge judiciaire ; que les articles L 450-1 et L 450-4 du Code de commerce permettent au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence d'adresser une demande d'assistance effectuée conformément aux dispositions de l'article 22 §1 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité sans autorisation judiciaire préalable ; qu'ils sont donc contraires à l'article 66 de la Constitution ; qu'à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité qui interviendra, l'arrêt attaqué se trouvera privé de base légale au regard des principes constitutionnels de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile ;

5<sup>o</sup>) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que la demande d'assistance émise par le Conseil de la concurrence auprès d'une autorité étrangère doit être loyale et qu'il n'en est ainsi que si les informations fournies à l'appui de la demande de concours, sont objectives ; qu'en décidant que la demande d'assistance adressée par le rapporteur du Conseil de la concurrence aux autorités britanniques était loyale, après avoir expressément constaté qu'elle reposait « sur des craintes exagérées » ce qui ne pouvait que fausser l'analyse des autorités britanniques quant à la nécessité de procéder aux visites sollicitées, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n°1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

6<sup>o</sup>) ALORS QUE la constatation d'une affectation du commerce intracommunautaire est une condition nécessaire mais non suffisante à la validité d'une demande de coopération adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre et ne dispense pas celui qui sollicite l'assistance d'une autorité étrangère pour réunir les preuves d'une pratique anticoncurrentielle de lui présenter le dossier objectivement et loyalement afin de lui permettre de vérifier la régularité et la proportionnalité de la mesure sollicitée ; qu'en considérant au contraire que la circonstance que la demande d'assistance présentée à l'OFT ait été fondée sur « de craintes

exagérées » n'était pas de nature à remettre en cause la validité de la procédure dans la mesure où l'affectation du commerce intracommunautaire, était acquise, la cour d'appel a violé de plus fort les articles 12 et 22 du règlement n°1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

7°) ALORS QUE l'Union Européenne respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en tant que principes généraux du droit communautaire ; que l'exigence d'une protection contre des interventions de la puissance publique dans la sphère privée d'une personne, qu'elle soit physique ou morale, qui seraient arbitraires ou disproportionnées, constitue donc un principe général du droit communautaire ; qu'il s'ensuit que la nécessité reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme de protéger sans distinction les domiciles des personnes physiques et morales s'impose aussi en droit communautaire ; qu'en considérant que l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 pouvait être interprété comme accordant aux personnes morales une moindre protection en cas de visite de leurs locaux professionnels, la cour d'appel a violé les articles 6 du TFUE, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

8°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite ou déloyale est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que tout intéressé est recevable à critiquer à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision de condamnation la manière dont les documents qui lui sont opposés ont été obtenus ; qu'en considérant que l'appréciation de la régularité de la visite et des conditions dans lesquelles les rapporteurs du Conseil de la concurrence avaient pu assister aux opérations et identifier les documents nécessaires à l'enquête échappaient à la compétence des juridictions nationales, quand il incombait au juge de la concurrence de s'assurer que les pièces retenues à charge par le Conseil de la concurrence avaient été régulièrement obtenues, la cour d'appel a violé les articles 6 du Traité de L'Union européenne, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité;

9°) ALORS QUE l'Union Européenne respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en tant que principes généraux du droit communautaire ; qu'une visite domiciliaire ne répond aux exigences des articles 6 et 8 de la Convention que si l'entreprise mise en cause dispose d'un recours effectif lui permettant de contester en fait et en droit les conditions et

le déroulement de la visite ; qu'en affirmant qu'à défaut d'avoir exercé un recours contre la procédure anglaise de visites, les entreprises visitées n'étaient pas fondés à invoquer l'absence d'effectivité du recours, la Cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les articles 6 du traité de l'Union européenne, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

10°) ALORS QUE le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'une autorité qui se fait remettre volontairement des documents par une entreprise dans le cadre d'une procédure non coercitive ne peut ensuite lui opposer ces pièces pour justifier une sanction que si la société mise en cause avait été préalablement et clairement informée de son droit de s'opposer à la visite et mis à même de l'exercer ; qu'en retenant, pour décider que la procédure de visite pratiquée à Londres était régulière que les documents utilisés ensuite comme moyen de preuve, avaient été transmis volontairement aux enquêteurs avec le plein accord des entreprises conformément à une procédure non coercitive, sans vérifier ainsi qu'elle y était tenue, si les parties avaient été clairement et préalablement informées de l'objet et du but de la visite, et de leur droit de s'y opposer, la cour d'appel a violé les articles 6 du traité de l'Union européenne, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

11°) ALORS QUE seuls les agents de la Commission sont habilités à assister aux opérations de visite effectuées dans un Etat membre et à se faire remettre les documents saisis ; que lorsque la visite a eu lieu à la demande d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre, les informations sont recueillies par l'autorité ayant prêté son assistance puis transmises par celle-ci à l'auteur de la demande ; qu'en considérant que les rapporteurs du Conseil français de la concurrence avaient pu valablement assister aux opérations de visites sur le territoire britannique et sélectionner eux-mêmes, les pièces qu'ils souhaitaient emporter et se faire remettre, la cour d'appel a ajouté à la loi et violé les articles 12, 20 et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

### SIXIEME MOYEN DE CASSATION (Sur l'existence d'une entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence,

AUX MOTIFS QUE sur la référence aux règles des appels d'offres contenues dans le Code des marchés publics, le Conseil a exposé, dans une motivation que la cour approuve et qui n'est d'ailleurs pas factuellement contredite par les sociétés requérantes, que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion sont des appels à la concurrence, consistant à inviter des fournisseurs de biens ou services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée, à savoir l'attribution d'un marché annuel ; que cette organisation vise à minimiser le coût moyen de l'acquisition du carburéacteur, sachant que plusieurs offreurs doivent être sélectionnés pour pouvoir couvrir l'ensemble de la demande ; que l'appel à la concurrence suit un processus préétabli : Air France envoie un premier courrier pour le 1er tour avec une date limite et ainsi de suite pour les tours suivants jusqu'au 1er novembre, date de la fin du contrat annuel précédent ; que même si le nombre définitif de "tours" n'est pas connu des soumissionnaires, ces derniers sont incités à diminuer leurs prix dès lors que chaque tour a une probabilité suffisante d'être le dernier, avec le risque qu'une entreprise peu compétitive en prix soit exclue du marché ou ne se voie affecter que des volumes d'approvisionnement limités ; que comme le nombre de tours a toujours été de deux à quatre et que des entreprises ont effectivement été exclues dans le passé (ou se sont vues allouer une part minime de l'appel d'offres), celles-ci étaient effectivement incitées à diminuer leurs prix ; qu'en somme, dans son analyse, le Conseil n'a jamais considéré que le marché en cause était juridiquement en la forme d'un marché public ; qu'il est au contraire indiqué au paragraphe 47 de la décision que "l'appel d'offres d'Air France ne fonctionne pas comme un marché public, suivant le principe d'une offre fixe sous pli fermé à un seul tour" ; que quand bien même la société Air France aurait eu recours à des appels d'offres, le Conseil a décrit ce marché comme étant un oligopole restreint du fait du nombre limité d'offeurs sur ce marché avec des barrières à l'entrée liées à la présence de deux GIE chargés de la gestion des infrastructures aéroportuaires ; que dès lors, le moyen sera rejeté ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE sur le comportement d'Air France, la société Chevron, les sociétés Total et la société Esso SAF affirment que le comportement de la compagnie Air France dans la négociation du marché litigieux est à l'origine de l'apparence d'entente dont la Décision fait grief aux entreprises ; que précisément, la compagnie aérienne donnait elle-même des informations aux négociateurs des différentes compagnies pétrolières sur le positionnement des concurrents en prix et en quantité, et conduisait ainsi

implicitement mais nécessairement ses cocontractants vers la couverture de cent pour cent des besoins, ni plus ni moins (...) que cependant, le comportement d'entente est constitué dès lors que des entreprises ont librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; que le comportement du cocontractant, qu'il soit distributeur, acheteur ou donneur d'ordre, n'est par conséquent pas exonératoire, chaque entreprise conservant la responsabilité de répondre à une sollicitation manifestement illicite dans son objet ou dans ses effets ; qu'autrement dit, à supposer qu'Air France ait effectivement laissé filtrer quelques informations au cours du processus de mise en concurrence des offres et ait ainsi permis aux entreprises de faire en sorte de ne pas dépasser globalement cent pour cent des besoins de l'acheteur, cet élément de fait ne saurait constituer une provocation mais tout au plus une cause d'atténuation de la sanction, examinée à ce titre plus loin (parag. 5-d) ; que dès lors, le moyen sera rejeté ;

AUX MOTIFS EN OUTRE QUE sur l'absence d'un « faisceau d'indices graves, précis et concordants » d'une entente horizontale et sur les échanges habituels d'informations entre les entreprises mises en cause, les deux G.I.E. dont l'existence a été signalée plus haut, sont un lieu de réunion des fournisseurs de carburéacteurs pour l'aéroport de St Denis de la Réunion et permet à chacun de ces fournisseurs de connaître sa part de marché sur l'escale et celle de ses concurrents, en temps réel ; que, pour n'avoir rien d'illicite, ces échanges ne sauraient être déniés ou minimisés par les entreprises mises en cause ; que comme le relève le Conseil dans la Décision, dans une analyse que la cour reprend à son compte, le document coté 544 saisi dans les locaux de la société Shell SPS présente, pour le mois de novembre 2002, les parts de marché (en temps réel) de chaque compagnie pétrolière sur l'escale ; qu'un courriel de Mme Dorothee C..., gestionnaire des approvisionnements au sein des GIE, daté du 26 juin 2001, a été saisi chez Exxon Mobil, au siège d'EMAIL, c'est-à-dire la division aviation à Londres, qui négocie les appels d'offres et n'a théoriquement pas de contact avec Esso SAF à la Réunion ; que ce courriel était simultanément adressé à Total Réunion et à Shell SPS ; qu'il confirme que chacune des compagnies connaît les parts de marché des autres compagnies pétrolières : « depuis que nous avons reçu le fax du 15/06/01 d'Anne Marie D... nous demandant de ne plus livrer à crédit AOM (cette compagnie n'a pas de cash disponible localement) aucun plein n'a été fait pour votre compte. Qu'en est-il de la surveillance judiciaire ? Car avec les instructions que vous m'avez données, je suis dans l'incapacité de respecter vos 4 parts de marché, au fil des jours je m'en éloigne. Maintenez-vous vos positions ? Veuillez noter les % réalisés au 20/06/2001 à 5h45 et les % prévus au dimanche 24/06/01 » ; qu'un autre document (coté 378) saisi chez Air Total International (à Paris) montre également que la société du groupe Total qui s'occupe de répondre aux appels d'offres d'Air France connaissait exactement les volumes vendus jusqu'à fin

septembre 2002 par les compagnies pétrolières concurrentes, sur différentes escales, ainsi que les estimations des volumes vendus pour l'année ; que de surcroît, sur ce document figure, de façon manuscrite, la part de marché d'Air France pour Total sur chacune de ces escales ; qu'en somme, la défense des entreprises mises en cause, consistant à dénier le contenu ou la portée de leurs échanges habituels d'informations, et donc la première condition d'une action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, n'apparaît pas fondée ; que sur les échanges d'information pour le marché litigieux, la preuve de l'action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, résulte tant d'indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, que du parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et de preuves matérielles de leur entente ; que le premier indice du caractère anormal de l'appel d'offres de 2002 résulte de ce que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies pétrolières ont soumissionné correspondait exactement (100%) aux besoins appelés ; que s'agissant d'un simple indice, sa vraisemblance statistique n'est pas nécessaire, au rebours de ce qu'exigent les entreprises mises en cause ; qu'un deuxième indice de concertation se situe à l'issue du deuxième tour de l'appel d'offres, alors que le ratio de couverture est toujours de 100%

ce qui implique que l'acheteur (en l'espèce Air France) n'avait pas d'autre choix que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies pétrolières s'il voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant, ainsi qu'il a été dit dans l'exposé des faits par la cour ; que s'agissant du parallélisme de comportement, le fait d'avoir unanimement proposé des prix en hausse pour la première enchère de 2002, d'avoir non moins unanimement maintenu ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, d'avoir ensemble limité les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et de ne pas avoir, ni isolément ni d'accord, modifié les offres en volume pendant tout l'appel d'offres, est constitutif d'un élément dont les entreprises mises en cause ne proposent pas d'explication plausible ; que de manière détaillée, le Conseil était fondé à relever à ce sujet, dans une analyse que la cour reprend à son compte : - S'agissant de l'augmentation des prix lors de la première enchère de 2002, que l'augmentation du différentiel entre l'année 2002 et l'année 2001 se situe à 14,7 % pour Shell SPS, à 26,5% pour Chevron, à 25,8% ou 20,9% pour Total et à 33,3% pour Exxon Mobil ; que les offres du premier tour pour l'appel d'offres de 2002 ont été en augmentation sensible par rapport aux résultats de l'appel d'offres de 2001 (paragraphe 409 et 410 de la décision) ; - S'agissant du maintien de prix élevé tout au long de l'appel d'offres le Conseil a pu relever qu'une fois le premier tour d'enchères passé, les pétroliers n'ont consenti que de faibles baisses du différentiel allant de 2 à 3 % ; - S'agissant d'une limitation des offres en volume, au premier tour de l'appel d'offres, le Conseil a pu constater que les compagnies avaient soumissionné pour un total de 100% du marché ce qui était une situation

totallement inédite dans la mesure où dans les négociations précédentes Air France disposait toujours d'une certaine marge de manoeuvre grâce à des taux compris entre 150 et 180 % du volume appelé ; - S'agissant de la rigidité des volumes pendant l'appel d'offres le Conseil a pu constater un maintien à l'identique des offres de volume entre le premier tour et le deuxième tour et ce n'est qu'en toute fin d'appel d'offres que les pétroliers ont consenti à modifier leurs offres en volume dans des proportions négligeables ; que chaque compagnie a choisi lors de l'appel d'offres de 2002, contrairement à ce qui a été observé au cours des années précédentes, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à restreindre les parts de marché et supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix (paragraphes 397 à 408) ; que les pièces produites à la cour comportent enfin des preuves matérielles de la concertation et que le Conseil a fait une exacte description de ces documents ; qu'en premier lieu, les annotations manuscrites de M. Simon Cooper, négociateur de l'appel d'offres de la société Chevron Texaco, (cote 2027) confirment la répartition de marché convenue entre les entreprises avant le début de l'appel d'offres et contribuent ainsi à prouver l'existence d'une concertation avant le dépôt des offres ; que de même le courrier électronique de Mme Réalland ( cote 384) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Total Outre Mer révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres au sujet de l'attitude commune à adopter pour tenir compte du changement de source d'approvisionnement en carburéacteur (rendu nécessaire par l'entrée en vigueur de nouvelles spécifications européennes pour le gasoil à compter du 1er mars 2003) ; qu'enfin, le courrier électronique de Mme Porthun (cote 3151) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Shell qui est analysé par la Décision dans ses paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant le dépôt des offres au sujet des prix de transfert et des conséquences de l'utilisation de différents index de cotation entrant dans les offres soumises ; que Mme Porthun de Shell Trading indique à M. Gravet de Shell Aviation (filiale chargée de la vente) "avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène et en avoir retiré des informations ("tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon (...)) L'aspect positif est que tout le monde est dans la même situation et Total est également extrêmement préoccupé") ; que dès lors, le Conseil avait réuni les indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, décrit le parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et analysé exactement les preuves matérielles de leur entente ; qu'il disposait ainsi d'une juste certitude sur l'absence d'autonomie des entreprises mises en cause et pouvait entrer en voie de sanction, sans avoir à analyser en détail le scénario alternatif proposé par Shell SPS selon lequel les fournisseurs s'adaptent de manière spontanée et libre, en fonction de leurs propres observations et des pratiques des années antérieures, et sans avoir davantage à examiner "l'absence de mobile" invoquée par Esso SAF ;

ET AUX MOTIFS ENFIN (...) QUE sur la circonstance atténuante de la pratique anticoncurrentielle d'Air France, la cour a abordé la question de l'attitude d'Air France et l'effet des informations qu'elle aurait données, au paragraphe 4-c ci-dessus, pour indiquer que cette hypothèse ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire ; que s'agissant de modérer les sanctions, si Air France était en partie responsable de "fuites" d'informations, destinées à guider la conduite de ses cocontractants, voire à les pousser dans l'illicéité, cet élément de fait ne serait un facteur d'atténuation de la sévérité du Conseil que si les entreprises mises en cause étaient en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie aérienne ; que le mécanisme de l'entente, décrit précédemment, montre qu'il n'en était rien. Air France étant en situation de demandeur captif ; que s'agissant de la puissance d'achat d'Air France, inopérante en soi, elle doit en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquels appartiennent les entreprises en cause ;

1°) ALORS QUE l'arrêt attaqué a expressément constaté qu'il n'est pas exclu que la société Air France ait elle-même laissé filtrer au cours des négociations qu'elle menait avec chaque fournisseur, les informations leur permettant ensuite de ne pas dépasser 100 % des besoins en carburéacteur de l'acheteur ; qu'en considérant néanmoins que la diffusion par Air France de telles informations ne constituait pas une circonstance exonératoire de l'entente reprochée aux fournisseurs de carburéacteur, après avoir retenu parmi les indices constitutifs d'une entente entre les candidats au prétendu "appel d'offres" d'Air France et révélant une concertation entre eux, que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies ont formulé une offre correspondaient exactement à 100% des besoins d'Air France, quand l'attitude de la société Air France a permis à chaque concurrent d'accéder à ces informations sans qu'aucune concertation entre eux ne soit nécessaire, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE seuls sont prohibés les échanges d'informations entre entreprises concurrentes en vue de fausser le libre jeu de la concurrence ; qu'en affirmant que les fournisseurs de carburéacteur n'avaient pas "à répondre à une sollicitation manifestement illicite de la société Air France", quand rien n'interdit à une entreprise de s'adapter aux attentes exprimées par son client au mieux de ses intérêts, la cour d'appel a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE tout échange d'informations n'est pas nécessairement anticoncurrentiel ; qu'en déduisant l'existence d'une entente à partir de la circonstance que les compagnies pétrolières avaient connaissance des volumes de carburant vendus à Air France par les sociétés concurrentes sur l'escale de Saint-Denis de la Réunion, après avoir constaté que des échanges

habituels d'informations avaient lieu dans le cadre de deux GIE chargés de la gestion des infrastructures aéroportuaires dont elles étaient membres et n'avaient rien d'illicite, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

4°) ALORS QU'un parallélisme de comportements entre oligopoleurs n'est susceptible d'établir l'existence d'une entente que s'il ne se justifie par aucune autre explication plausible qu'une concertation entre eux ; que la charge de la preuve qu'une concertation constitue la seule explication plausible du parallélisme de comportements des opérateurs incombe à l'autorité poursuivante ; qu'en reprochant aux entreprises mises en cause de ne pas proposer d'explication plausible au maintien de prix prétendument élevés au cours des négociations de 2002, quand il appartenait à l'autorité poursuivante de démontrer que compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché, le prétendu parallélisme de comportements invoqué par le Conseil ne pouvait pas s'expliquer autrement que par une concertation, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, et L 420-1 du Code de commerce ;

5°) ALORS QU'en reprochant aux entreprises mises en cause de ne pas proposer d'explication plausible au maintien de prix prétendument élevés pendant les négociations de 2002, tout en constatant que le scénario alternatif fourni par les opérateurs permettant d'expliquer ce parallélisme de comportements n'a jamais été examiné par le Conseil de la concurrence, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, et L 420-1 du Code de commerce ;

6°) ALORS QU'en toute hypothèse la preuve d'une entente n'est rapportée qu'à condition d'établir que chaque entreprise mise en cause a personnellement participé à une concertation avec ses concurrents ; qu'en se bornant à affirmer, par adoption expresse de la motivation du Conseil de la concurrence, que les pièces produites à la cour « comportent (...) des preuves matérielles de la concertation », sans vérifier comme elle y avait été invitée, si ces preuves étaient de nature à établir la participation individuelle de chaque entreprise à la concertation et spécialement celle de la société Total Réunion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, et L 420-1 du Code de commerce.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Réunion contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence et notamment d'avoir condamné cette société au paiement d'une amende de 5.5 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) les sociétés requérantes contestent la gravité des pratiques, mettant en avant, outre la taille réduite du marché affecté, la durée limitée des pratiques et la subsistance d'une concurrence réelle entre les compagnies pétrolière ; qu'elles contestent également l'importance du dommage ainsi causé à l'économie ; que sur ce point, il est soutenu, notamment, que les amendes infligées ne tiennent pas ou insuffisamment compte de la taille réduite du marché affecté – s'agissant tant de sa dimension locale (Réunion) que de sa valeur (faible part représentée par le différentiel sur le coût de l'approvisionnement en carburacteur) ou de l'existence d'un seul client concerné (Air France) -, de la puissance d'achat d'Air France et de son rôle dans la commission des pratiques ; qu'il est également reproché au Conseil d'avoir méconnu l'effet très limité de la pratique sur les conditions de concurrence sur le marché considéré et sur le surcoût payé par Air France ou sur le prix du billet payé par le consommateur ; que Shell SPS fait valoir qu'au regard de la valeur des ventes affectées, les amendes prononcées sont «quasiment trois fois supérieures» à celles que le Conseil aurait prononcées s'il avait fait application des lignes directrices de la Commission ; que les sociétés Total font encore valoir que le comportement d'Air France a été tel que les sanctions doivent être largement minorées ; qu'en outre, s'agissant des éléments individuels, que les sociétés Chevron et Total Outre Mer contestent leur sanction en invoquant des problèmes touchant à l'imputabilité des pratiques, précisément Chevron arguant de ce que sa sanction de 10 millions d'euros a été fixée en prenant apparemment en compte une part de responsabilité de la filiale locale Chevron Réunion qui n'a pas été partie à la procédure et Total Outre Mer soutenant que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en sanctionnant deux fois les pratiques reprochées aux deux sociétés du groupe alors qu'elle-même n'est jamais intervenue dans les négociation avec Air France et n'a jamais exercé aucune fourniture de carburacteur à la Réunion ; que par surcroît, les sociétés Total s'étonnent d'assumer plus de treize pour cent de la somme des sanctions, alors que telle était leur part de marché, l'argument étant repris sous une autre forme par la société Esso SAF ; qu'enfin, Total Réunion conteste la circonstance de réitération dans la mesure où la sanction infligée à Total Réunion Comores prononcée par décision du 19 octobre 1993 concernait une pratique qui n'avait ni le même objet, ni les mêmes effets anticoncurrentiels que celle qui a donné lieu à la sanction critiquée ; qu'elle ajoute que l'ancienneté de cette décision doit, en tout état de cause, être prise en compte ; que comme Esso SAF, elle soutient également que sa situation a été appréciée de façon erronée au regard du profit qu'elle aurait retiré des pratiques ; que ladite société Esso SAF reproche au Conseil d'avoir calculé le plafond de sa sanction par référence au

chiffre d'affaires consolidé du groupe Exxon Mobil dans son ensemble, c'est-à-dire par référence au chiffre d'affaires consolidé figurant dans les comptes de la société Exxon Mobil Corporation, holding à laquelle le Conseil estime pourtant que la pratique n'est pas imputable ; qu'elle estime qu'ainsi, dès lors que son autonomie a été reconnue par rapport à la société mère Exxon Mobil Corporation, le Conseil a méconnu la volonté du législateur, lors de la modification du I de l'article L.464-2 par la loi NRE, et, en outre, adopté une position contraire au droit communautaire ; mais que l'article L.464-2-I, alinéa 3, du Code de commerce prescrit à l'Autorité et, à sa suite, à la Cour d'appel de PARIS, de proportionner les sanctions à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ; que les sanctions doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ; qu'ainsi, doivent être abordées liminairement les questions que soulèvent les requérantes mais qui ne sont pas incluses dans les prévisions de la loi : - le marché pris en considération pour évaluer la gravité des comportements et le dommage à l'économie : que le marché pris en considération par la Décision a été défini à propos de l'applicabilité du droit communautaire (ci-dessus parag. 2-a) et mentionné à propos des preuves de l'entente (parag. 4- a) ; qu'il s'agit du marché principal de la vente de carburéacteur par des compagnies pétrolières nationales ou européennes dans le département français de La Réunion et des deux marchés connexes d'approvisionnement de transport de passagers français ou européens vers ou au départ de l'île de La Réunion ; que ce n'est que pour déterminer la gravité d'un comportement et le dommage qu'il a causé à l'économie, au sens des dispositions de l'article L.464-2 du code de commerce, que le Conseil explicité la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause ; que s'agissant de la taille du marché de la fourniture de carburéacteur à Air France à La Réunion, le Conseil en a déterminé les caractéristiques et a notamment, sans être contredit, établi que le coût annuel pour l'acheteur s'établissait à 23 M€ et en notant que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représentait environ un tiers de coût (§ 519) ; que les parties ne peuvent donc prétendre que le Conseil a méconnu la grandeur réelle du marché concerné ; qu'au demeurant, le produit concerné ne saurait être un «différentiel» et que l'objet du contrat entre les compagnies pétrolières et Air France (ainsi que les autres compagnies aériennes) est bien la fourniture du kérosène, qui comprend un index de référence et un différentiel ; que le Conseil a estimé encore, à juste titre, que la gravité des comportements et le dommage pouvaient être appréciés également sur le marché indirectement affecté de la livraison de kérosène sur l'escale de La Réunion, les compagnies pétrolières ayant reconnu, elles-mêmes, que l'intensité de la concurrence entre elles pour servir les compagnies Corsair, AOM, Air Austral ou Air Bourbon, était affectée par le résultat de l'appel d'offres d'Air France ; qu'en 2002, ce marché a représenté environ 50 millions d'euros, cette estimation se fondant sur la constatation que

l'appel d'offres d'Air France en 2002 représentait 22 millions d'euros (§ 183) et celle que, cette même année, les livraisons de carburéacteur pour l'aéroport de Saint-Denis de La Réunion se sont élevées à environ 200.000 m<sup>3</sup>, Air France en consommant à elle seule 46 % (soit 900.000 m<sup>3</sup>) (cf. § 15 de la notification de griefs) ; que du tout il résulte que les sanctions prononcées n'avaient pas à tenir compte des caractéristiques du marché considéré, en dehors de l'analyse faite de la gravité des comportements et de l'importance du dommage à l'économie ; - la référence à la pratique de la Commission : que la pratique répressive de la Commission européenne n'est pas un des critères énoncés par l'article L.464-2-I ; que dès lors le Conseil n'avait pas à se justifier de ce qu'à son avis, la Commission européenne, afin de donner à l'amende un caractère suffisamment dissuasif, aurait vraisemblablement, pour tenir compte du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise, appliqué un facteur multiplicateur au montant de base de l'amende devant être infligée à chaque compagnie pétrolière ; - la circonstance atténuante de la pratique anticoncurrentielle d'Air France : que la Cour a abordé la question de l'attitude d'Air France et l'effet des informations qu'elle aurait données au paragraphe 4-c ci-dessus, pour indiquer que cette hypothèse ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire ; que, s'agissant de modérer les sanctions, que si Air France était en partie responsable de « fuites » d'informations, destinées à guider la conduite de ses cocontractants, voire à les pousser dans l'illicéité, cet élément de fait ne serait un facteur d'atténuation de la sévérité du Conseil que si les entreprises mises en cause étaient en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie aérienne ; que le mécanisme de l'entente, décrit précédemment, montre qu'il n'en était rien, Air France étant en situation de demandeur captif ; que s'agissant de la puissance d'achat d'Air France, inopérante en soi, elle doit en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquels appartiennent les entreprises en cause ; que sur la gravité des comportements : que la gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence. Il en résulte que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables ; qu'il en est ainsi notamment dans le cas d'ententes ou d'actions concertées qui empêchent de garantir la sincérité des appels d'offres, mécanismes pourtant mis en oeuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, parce que ces comportements altèrent l'indépendance des offres et éliminent la concurrence par les prix ; que si la durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction, la durée pertinente n'est toutefois pas la durée du déroulement de l'appel d'offres lui-même, mais la durée de son exécution pendant laquelle sont ressentis les effets sur le marché ; qu'en l'espèce, les pratiques anticoncurrentielles ont donc duré une année ; que sur l'importance du dommage à l'économie, le dommage à l'économie est présumé dès lors que

l'existence d'une entente est établie ; que du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché ; que, sur les éléments de fait qui caractérisent l'existence du dommage à l'économie, que les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs ; qu'en l'espèce, le Conseil était fondé à énoncer, dans des motifs que la Cour s'approprie : - qu'il n'est pas contestable que les quatre compagnies pétrolières en cause appartiennent aux groupes mondiaux qui sont les cinq majors du secteur ; qu'elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché ; que sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux prix du kérosène, qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'au surplus, dans l'île de La Réunion, la demande émane d'une clientèle captive puisque la Compagnie Air France et les autres compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de La Réunion, donc auprès des compagnies pétrolières membres du GIE ; - que le consommateur est directement affecté par les pratiques puisqu'ainsi qu'il a été dit précédemment, dans le transport aérien, le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix initial du billet ; - que de ces cinq points de vue, le dommage à l'économie est important ; que, maintenant, pour répondre complètement aux arguments articulés par les entreprises requérantes à propos du dommage à l'économie, le dommage à l'économie visé par les dispositions de l'article L.464-2 alinéa 3 du Code de commerce, ne se réduit pas au préjudice subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce Air France ; qu'il s'apprécie aussi en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause, et de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; que de même, le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée, mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif «importance» de ce dommage utilisé par le législateur ; que dès lors, l'argumentation de Shell SPS selon laquelle le dommage causé à l'économie correspondrait au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières, que la requérante évalue à 1.134.900 €, de sorte que l'amende à elle infligée correspondrait à plus de 9 fois le dommage à l'économie résultat de la pratique ne peut prospérer, non plus que la thèse selon laquelle le dommage à l'économie serait nul ; que sur les éléments d'individualisation des sanctions pour chaque entreprise : \* Sur l'imputabilité des comportements anticoncurrentiels (...); qu'en ce qui concerne les sociétés du groupe Total, les éléments du dossier (§ 312 à 341) établissaient que l'intervention de la société Total Outre Mer dans le déroulement de l'appel d'offres, celle-ci ayant notamment servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans

la préparation des réponses aux appels d'offres de Total Réunion ; que, dès lors, le Conseil était fondé à estimer que la responsabilité de la société Total Outre Mer devait être retenue, concomitamment à celle de la société Total Réunion ; qu'il a pu aussi valablement estimer que l'implication des deux sociétés devait le conduire à partager également entre elles, avant la prise en compte de la réitération concernant la société Total Réunion, la sanction pécuniaire devant s'appliquer au « Groupe Total » (§ 528) ; que sur la situation individuelle par entreprise (ordre alphabétique) (...) en ce qui concerne les sociétés du groupe Total, le Conseil a d'abord retenu une situation de réitération contre la société Total Réunion ; que la société Total Réunion Comores, à laquelle a succédé la société Total Réunion, a été sanctionnée par décision du Conseil de la concurrence du 19 octobre 1993, pour des pratiques d'entente mises en oeuvre par les sociétés Elf Antar France et Total Réunion Comores sur le marché de la distribution du carburéacteur dans le département de La Réunion ; que la seule circonstance alléguée par Total Réunion, que la structure du marché et ses propres parts de marché ont évolué entre les deux épisodes infractionnels ne peut pas conduire à considérer que les pratiques seraient différentes par leur objet ou leur effet anticoncurrentiel ; que, par conséquent, la réitération a pu être retenue valablement par le Conseil ; que, sur le montant de la sanction conte les sociétés Total, le Conseil a pu établir que les comptes des sociétés Total Réunion et Total Outre Mer sont consolidés au sein de ceux du groupe Total, qui a réalisé au cours de l'exercice 2007 un chiffre d'affaires de 158 milliards d'euros ; que le plafond des sanctions susceptibles d'être infligées aux sociétés du groupe Total est donc de 15,8 milliards d'euros ; qu'au sein de ce groupe, la société Total Réunion a réalisé, au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007, un chiffre d'affaires de 172 millions d'euros alors que celui de la société Total Outre Mer s'est élevé à 2,67 milliards d'euros pour le même exercice ; que, compte tenu de l'implication de ces deux sociétés du groupe Total dont la responsabilité conjointe dans la mise en oeuvre des pratiques est expliquée aux paragraphes 499 à 502 de la Décision, le Conseil a pu estimer, dans des motifs que la Cour approuve, que la sanction pécuniaire devant s'appliquer aux sociétés du groupe Total devait être partagée également entre Total Réunion et Total Outre Mer, avant prise en compte de la réitération de Total Réunion ; que dès lors la sanction pécuniaire de 4,4 millions d'euros prononcée contre Total Outre Mer et la sanction de 5,5 millions d'euros prononcée contre Total Réunion apparaissent justifiées et motivées ; que si les sociétés Total relèvent que ces sanctions ne sont pas à proportion de celles infligées aux autres entreprises, il faut rappeler qu'une société sanctionnée ne peut exiger que l'application des principes et critères prévus par les textes relatifs à la détermination des sanctions et, en aucun cas, contester sa sanction au motif qu'elle serait discriminatoire par rapport à celle infligée à une autre (Cour de cassation, 23 avril 2003, Interflora) ; que du tout il s'évince que le montant des sanctions prononcées doit être confirmé par la Cour ;

1°) ALORS QUE le montant de la sanction a été fixé en tenant compte de la dimension prétendument communautaire de l'entente relevée ; que la censure à intervenir sur le quatrième moyen entraînera par voie de conséquence, l'annulation des sanctions prononcées en application des dispositions de l'article 625 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le montant de la sanction d'une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence doit être proportionnée à l'importance du dommage causé à l'économie ; que ce dommage ne saurait être présumé ; qu'en affirmant au contraire que « le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie », la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète tenant notamment compte des facteurs d'aggravation et d'atténuation de la pratique incriminée ; qu'en se bornant à affirmer que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables, la cour d'appel qui n'a procédé à aucune analyse concrète de la gravité de la pratique en cause n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en affirmant, pour établir la gravité de l'entente, que le mécanisme d'appel d'offres est mis en oeuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, après avoir constaté qu'en l'espèce, l'acheteur était en partie responsable des fuites d'informations destinées à guider la conduite de ses cocontractants voire à les pousser dans l'illicéité, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en considérant que la société Air France était en situation de demandeur captif sur le marché du carburéacteur de la Réunion sans répondre aux conclusions précises et déterminantes de la société Total Réunion démontrant que la compagnie aérienne avait demandé à certains de ses fournisseurs de lui soumettre des offres couplées sur plusieurs escales, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile

6°) ALORS QUE la circonstance aggravante tirée de la réitération du comportement anticoncurrentiel est d'interprétation stricte ; qu'en considérant, pour retenir cette circonstance aggravante à l'encontre de la société Total Réunion, que les pratiques n'étaient pas différentes par leur objet ou leur effets de celles sanctionnées précédemment par le Conseil de la concurrence, bien que l'entente constatée en 1993 ne concernait pas les mêmes parties et ne portaient pas sur les volumes et les prix de fourniture du kérosène aux compagnies aériennes, puisqu'elle sanctionnait le refus de deux sociétés

pétrolières d'autoriser la société Esso aujourd'hui partie à l'entente à devenir membre des deux GIE exploitant les installations aéroportuaires de distribution du carburéacteur de l'île de la Réunion, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

7°) ALORS QU'en se bornant à affirmer que les pratiques n'étaient pas différentes par leur objet ou leur effets de celles déjà sanctionnées par le Conseil de la concurrence en 1993, sans tenir compte comme elle y avait été invitée de l'ancienneté des pratiques en cause, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce.

Moyens produits au pourvoi M 09-72.657 par de la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux conseils pour la société Total Outre-Mer SA ;

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence,

En ce qu'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué qu'il a été rendu au vu des observations écrites et orales de l'Autorité de la concurrence ;

ALORS QUE les garanties constitutionnelles des droits de la défense et du procès équitable interdisent à une autorité qui a prononcé une sanction à l'encontre d'une personne de se comporter ensuite comme une partie au procès dans la même instance ; que si les articles L 461-4 et L 464-8 du Code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à agir en demande ou en défense devant toutes les juridictions et notamment à défendre les propres décisions de cette autorité tant devant la juridiction d'appel que devant la Cour de cassation, ces textes sont contraires aux articles 34 de la Constitution et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen garantissant le droit à un procès équitable, ainsi qu'au principe fondamental reconnu par les lois de la République des droits de la défense ; qu'à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité qui interviendra, l'arrêt attaqué se trouvera privé de base légale au regard des textes susvisés.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur la recevabilité de l'intervention d'Air France)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence et spécialement d'avoir déclaré recevable l'intervention de la société Air France ;

AUX MOTIFS QUE toutes les parties requérantes soulèvent l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la compagnie Air France, motif pris de ce que la déclaration d'intervention d'Air France en date du 12 février 2009 ne contenait pas l'exposé des moyens invoqués ; que, plus de cinq mois après avoir reçu la notification de la décision du Conseil de la concurrence, Air France a déposé au greffe de la Cour le 21 mai 2009 des observations contenant l'exposé de ses moyens, ainsi qu'une demande tendant à la condamnation des cinq entreprises auteurs de recours à lui payer la somme de 75.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ; que les dispositions de l'article R. 464-12 du Code de commerce sont applicables lorsqu'une partie exerce la faculté qui lui est offerte à l'article R. 464-17 du Code de commerce de se joindre à l'instance ; qu'il en résulte que l'exposé des moyens invoqués doit être déposé dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence ; que les moyens développés par Air France tendant au rejet des recours principaux exposés dans son mémoire du 21 mai 2009, doivent être déclarés irrecevables d'office par application de l'article R. 464-12 du Code de commerce ; que (cependant) par application de

l'article R 464-17 du Code de commerce, lorsque le recours risque d'affecter les droits ou charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence ou, à l'époque de la procédure litigieuse, devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois après la réception de la lettre de notification du recours ; que cette déclaration est déposée au greffe dans les conditions de l'article R 464-12 du même Code ; que ce renvoi de l'article R 464-17 à l'article R 464-12 ne peut concerner que l'alinéa premier (1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>) dudit article, relatif à la forme de la déclaration ; qu'en effet, l'alinéa 2, qui autorise le déclarant à déposer son acte au greffe sans en exposer les moyens et à exprimer ceux-ci plus tardivement, ne bénéficie nécessairement qu'à l'auteur d'un recours, principal ou incident, puisque l'article R 464-17, quant à lui, impose à l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration ; que la notification de la Décision a été faite le 11 et reçue le 12 décembre 2008 ; que les recours des entreprises sanctionnées ont été déposés les 11 et 12 janvier 2009 et notifiés dans les cinq jours à Air France ; que la compagnie Air France a déclaré se joindre à la procédure par acte du 12 février 2009 ; que la déclaration au greffe en date du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et de ses conseils ; qu'elle énonce en ces termes l'objet de l'intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la Décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; qu'enfin, la déclaration d'intervention comporte à titre de motivation la phrase "le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause. Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense ; que dès lors, pour se plaindre de ce qu'Air France n'aurait pas valablement motivé sa déclaration d'intervention, ne l'aurait fait que dans ses écritures ultérieures datées du 20 mai 2009, et n'aurait donc pas respecté le délai d'un mois susmentionné, les entreprises sanctionnées doivent démontrer une atteinte à leurs droits ; que cette preuve n'est pas rapportée, ni même proposée dans les écritures des parties ; qu'au contraire, il résulte de l'ordonnance de procédure du Premier président en date du 24 février 2009, modifiée le 10 avril suivant, qu'Air France a été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009, de sorte que les requérants puissent y répliquer avant le 8 octobre ; que le moyen d'irrecevabilité des requérantes sera rejeté ;

1<sup>o</sup>) ALORS QUE les dispositions de l'article R 464-12 du Code de commerce imposant, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, le dépôt des moyens invoqués dans les deux mois suivant la notification de la décision du Conseil de la concurrence sont applicables non seulement en cas de recours incident mais aussi en cas d'intervention volontaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer

entre ces deux hypothèses ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles R 464-12 et R 464-17 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE la déclaration par laquelle une partie présente devant l'Autorité de la concurrence déclare se joindre à l'instance en cause d'appel doit être écrite et motivée et déposée dans le mois de la notification du recours risquant d'affecter ses droits ; qu'en considérant que la déclaration au greffe de la société Air France du 12 février 2009 était suffisamment motivée dans la mesure où elle énonçait notamment l'objet de l'intervention et sollicitait la confirmation de la décision du Conseil de la concurrence, tout en constatant que la société Air France avait « été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009 », établissant ainsi l'insuffisance de la motivation de son intervention initiale, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article R 464-17 du Code de commerce ;

3°) ALORS QU'en affirmant que la société Air France avait pu valablement préciser, le 20 mai 2009, les moyens invoqués à l'appui de son intervention du 12 février 2009, après avoir constaté qu'il incombe à « l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration », ce qui exclut nécessairement tout droit pour l'intervenant de préciser son argumentation en cours de procédure, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé de plus fort l'article R 464-17 du Code de commerce ;

4°) ALORS QUE le respect des dispositions des articles R 464-12 et R 464-17 du Code de commerce s'impose à peine de nullité et d'irrecevabilité du recours ou de l'intervention prononcée d'office ; qu'en affirmant qu'il appartient aux entreprises contestant la recevabilité d'une intervention volontaire de démontrer une atteinte à leurs droits, la cour d'appel qui a subordonné l'application de ces règles à la preuve de l'existence d'un grief, a ajouté à la loi et violé les textes susvisés.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'atteinte au secret du délibéré, à l'impartialité et à la présomption d'innocence)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE sur la violation prétendue du secret du délibéré, conformément aux dispositions de l'article R. 464-8 du Code de commerce, les parties ont reçu notification de la décision par lettre recommandée avec accusé

de réception ; que le Conseil a adressé par voie électronique et mis en ligne le 4 décembre, jour même de la fin du délibéré la version numérisée de la décision ; que les requérants estiment que cette initiative a constitué une violation du délibéré ; qu'en effet, celui-ci n'aurait pas été achevé, comme le démontreraient les différences substantielles entre la version électronique diffusée prématurément pour information, et la version définitive, notifiée par la voie postale plusieurs jours plus tard ; que les parties ne peuvent utilement soutenir que la mise en ligne et l'envoi électronique, dans les conditions rappelées ci-dessus, aurait violé le secret du délibéré en cours ; que ce délibéré avait pris fin du fait même de la signature de la minute le 4 décembre ; que cette signature marque la fin du délibéré et atteste que la décision est conforme à ce dernier ; qu'aucune circonstance postérieure ne peut affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil au terme de ce délibéré ; qu'ensuite, même affectée d'erreurs, une diffusion électronique ne saurait produire de quelconques effets de droit, notamment pas ceux d'une violation du secret du délibéré, dès lors qu'elle n'a pas été antérieure à la date à laquelle la Décision a été rendue, soit le jour de la fin du délibéré et dès lors que cette version électronique mentionnait expressément " vous voudrez bien noter que l'envoi, pour information, d'une décision par courriel ne revêt pas un caractère de notification faisant courir les délais de recours contentieux. Cette dernière interviendra, en effet, ultérieurement et sera effectuée par voie postale en recommandé avec AR. En cas de recours devant la Cour d'appel, seule l'ampliation certifiée conforme accompagnée de la notification revêt un caractère officiel" ; que le moyen doit être rejeté ;

ET AUX MOTIFS ENCORE sur la violation prétendue de la présomption d'innocence, notamment par diffusion d'un communiqué de presse visant à tort les sociétés Total ; que les communiqués de presse diffusés par le Conseil de la concurrence qui n'entrent pas dans le champ de compétence de la cour, ne sont en aucun cas des causes possibles d'annulation ou de réformation des Décisions, et que leurs conséquences ne peuvent relever que d'une réparation de droit commun sur la preuve d'un dommage ; qu'en toute hypothèse, à la suite d'un courrier du conseil de la société Total Outre Mer du 11 décembre 2008 appelant l'attention sur l'ambiguïté que pouvait faire naître un passage du communiqué relatif à l'augmentation du coût d'approvisionnement sur l'escale de la Réunion générée par les pratiques, le président du Conseil a fait procéder, suivant courrier du 15 décembre 2008, à la modification du communiqué, ce qui montre, s'il en était besoin, le souci du Conseil de diffuser un communiqué dont le contenu soit parfaitement objectif ; que le moyen articulé par les requérantes sera rejeté ;

1°) ALORS QU'en se bornant à affirmer que le délibéré du Conseil de la concurrence avait pris fin le 4 décembre 2008 dans la matinée, sans vérifier comme elle y avait été invitée, si les modifications apportées ultérieurement au texte présenté comme étant la décision, attestées par l'auteur de la minute de

la décision dans une communication aux parties en date du 5 décembre 2008 et qui portaient sur la dénomination des entreprises sanctionnées et le montant des sanctions, n'avaient pas affecté non seulement ses motifs mais aussi son dispositif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, que cette exigence qui s'impose au Conseil de la concurrence, doit s'apprécier objectivement ; qu'en affirmant que le contenu erroné d'un communiqué de presse du Conseil de la concurrence ne constituait pas une cause d'annulation ou de réformation de la décision du Conseil, tout en reconnaissant que le communiqué initial n'était pas objectif et avait dû être corrigé à la demande des sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion, ce qui faisait naître un doute légitime sur l'impartialité du Conseil, la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°) ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, que cette exigence qui s'impose au Conseil de la concurrence, doit s'apprécier objectivement ; qu'en déduisant la parfaite objectivité du Conseil de la concurrence de ce que celui-ci avait corrigé a posteriori les erreurs commises à la demande des parties mises en cause, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à garantir l'impartialité du Conseil, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°) ALORS QU'en publiant sur son site internet le 4 décembre 2008 un texte présenté comme la décision, dont le contenu a été modifié ensuite à plusieurs reprises, la décision n'ayant été officiellement notifiée aux parties que le 11 décembre 2008 puis en diffusant le 4 décembre 2008 par voie électronique un communiqué de presse, dont le contenu, défavorable aux sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion était erroné, le Conseil de la concurrence a irrémédiablement porté atteinte à la présomption d'innocence des sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion ; qu'en affirmant que le délibéré avait pris fin le 4 décembre 2008 au matin et qu'"aucune circonstance postérieure ne peut affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil au terme de ce délibéré", la cour d'appel a violé l'article 6 §2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur la condition d'affectation du commerce entre Etats membres)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE l'ensemble des entreprises requérantes invoque une violation du droit communautaire, en ce que le commerce intracommunautaire n'aurait pas été affecté par les pratiques incriminées ; qu'elles invoquent une absence d'échanges entre Etats membres sur les produits concernés que ce soit sur le marché de la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion ou que ce soit sur le marché connexe du transport aérien entre Paris et La Réunion ; qu'au contraire, il leur apparaît que le marché pris en considération par les griefs notifiés était non pas la fourniture de carburant, mais le "différentiel", défini précédemment dans l'exposé des faits de la cause ; qu'elles ajoutent que lorsque des compagnies pétrolières françaises ou étrangères ont voulu intégrer les deux GIE, elles n'en ont pas été empêchées et y ont même réussi en ce qui concerne la compagnie Tamoil ; que les requérantes se prévalent encore de ce que les pratiques n'étaient pas susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres dès lors que les lignes exploitées sur le marché local concerné étaient intérieures à la France et que le seul fait que les usagers pouvaient être européens n'était pas de nature à caractériser cette affectation ; que les sociétés Shell SPS et Esso SAF font précisément valoir que le produit concerné, le carburéacteur livré à Air France sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion, ne provient pas de la Communauté européenne ; que les sociétés du groupe Total soutiennent quant à elles que le marché de l'approvisionnement n'étant pas en cause, le critère du siège des filiales de «trading» ne peut être pertinemment retenu ;

QUE pour apprécier l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le Conseil s'est référé à bon escient (aux) règles dégagées par la Commission européenne dans sa communication du 27 avril 2004 dite Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (Communication de la Commission, 2004/C 101/07, JOCE du 27 avril 2004, p.81) ; que ces lignes directrices énoncent trois critères, cumulatifs, de l'affectation du commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (a), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (b) et le caractère sensible de la possible affectation (c) ; qu'il faut aussi préciser que le champ des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés n'est pas limité aux mouvements transfrontaliers des produits ou des services concernés, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale ;

QUE sur l'existence d'échanges entre les Etats membres portant sur les produits concernés par les pratiques, les pratiques affectaient un marché principal et deux marchés connexes qui étaient susceptibles d'être concernés par des échanges intra-communautaires : - d'abord, le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies nationales ou européennes dans le département français de la Réunion ; qu'en effet, les offreurs sont des entreprises multinationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de la Communauté, en particulier la France et le Royaume-Uni ; qu'ainsi, pour l'appel d'offres de 2002, trois des entreprises soumissionnaires avaient leur siège en Angleterre : les sociétés Exxon Mobil International (EMAIL) agissant pour Esso SAF, Chevron Texaco Aviation et Shell Aviation Ltd agissant pour le compte de Shell ; que par ailleurs, l'achat de carburéacteur est effectué à tour de rôle par la filiale de « trading » de l'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies et trois de celles-ci sont établies au Royaume-Uni ; que pour échapper à l'application du droit communautaire au titre du premier critère résumé dans les Lignes directrices, en invoquant l'exemple de lignes maritimes purement nationales, les requérantes auraient dû établir non pas seulement que les lignes exploitées étaient intérieures à la France, s'agissant des liaisons assurées entre le continent et l'île de la Réunion, mais aussi que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne pouvait être caractérisée par le seul fait que les usagers pouvaient être européens, et également la circonstance qu'aucun des opérateurs présents sur le marché n'était ressortissant de la Communauté ; - ensuite, le marché de l'approvisionnement, qui était bien visé dans la saisine et constituait, en toute hypothèse, un marché connexe à celui de la fourniture de carburéacteur ; - enfin, le marché connexe du transport de passagers, français ou européens, vers ou au départ de la Réunion ; que ce marché est, par nature, un lieu d'échanges entre Etats membres dans la mesure où les vols entre la Réunion et la métropole concernent nécessairement tous les voyageurs de la Communauté européenne et pas seulement les passagers français ; que le marché du transport de passagers à destination de la Réunion était affecté par les pratiques dans la mesure où le coût du carburant retentissait directement sur le prix des billets d'avion ; que l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ;

QUE sur l'affectation des échanges entre Etats membres, la société Shell SPS estime que le critère de l'implantation des entreprises en cause ou celui la nationalité des passagers ne sont pas des critères pertinents ou déterminants en soi pour considérer que la condition relative aux effets sur le commerce des Etats membres est remplie ; que la même requérante doute que les pratiques incriminées aient pu affecter potentiellement l'activité économique transfrontalière d'Air France, puisque les passagers voyageant sur cette compagnie ne pouvaient concrètement pas être des ressortissants des autres Etats membres, sinon dans des proportions infimes ; que les pratiques

d'ententes sont (cependant) soumises au droit communautaire, même lorsqu'elles ne produisent leurs effets que sur le territoire d'un Etat membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d'exercer éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d'échange entre Etats membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité ; que cette affectation peut n'être que potentielle, seulement susceptible d'affecter les échanges communautaires ; qu'en conséquence l'appréciation de l'affectation des échanges peut résulter de plusieurs facteurs qui pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants : ainsi, comme le relève la Décision critiquée, la nature de l'accord ou la pratique en cause, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, la position et l'importance des entreprises en cause ; qu'en l'espèce, les pratiques en cause étaient bien susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature et à la position des entreprises en cause ; que s'agissant de la nature de la pratique incriminée, elle relève du calcul de prix de revient du transport aérien et que les entreprises mises en cause déniaient vainement l'affectation directe du prix des billets d'avion supporté par le consommateur européen, dès lors que ce prix dépend directement de celui du carburéacteur, comme l'a souligné la Décision (parag. 178) sans être valablement contredite ; que s'agissant de la position des entreprises en cause, il a déjà été exposé que les compagnies pétrolières relevaient de quatre groupes de dimension internationale, ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans des Etats membres de la Communauté ; que pour Air France en particulier, la destination de St Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la Communauté, ce qui signifie que l'activité transcommunautaire de cette compagnie aérienne est nécessairement ou au moins potentiellement affectée ;

QUE en ce qui concerne la condition d'affectation sensible, l'ensemble des entreprises requérantes soutient que le Conseil a retenu le critère du caractère sensible de l'affectation en procédant à une interprétation erronée des lignes directrices ; que les pratiques n'ayant concerné que l'escale d'Air France à la Réunion et non la totalité du territoire français, l'accord est de nature locale : dès lors, lui est applicable, non pas la présomption positive édictée par les lignes directrices (point 53) retenue par le Conseil, mais le point 90 des lignes directrices qui impose que la part du marché national à laquelle l'accès est interdit soit « importante » pour établir l'applicabilité du droit communautaire ; que cette condition n'est pas remplie en l'espèce, le volume des ventes affecté (carburéacteur vendu à Air France à la Réunion en 2002-2003) ne représentant que 1,24 % des ventes nationales (du volume global de carburéacteur vendu en France sur cette même période) ; qu'en toute hypothèse, pour l'application du point 53, ne devrait être pris en compte que le seul chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec la vente des produits concernés par les pratiques, c'est-à-dire le seul carburéacteur fourni à Air France en 2002/2003 (soit seulement 22 millions d'euros, voire, selon les sociétés du groupe Total, la

concurrence ne portant que sur le différentiel qui ne représente qu'environ 25 % du prix total du produit, seulement un chiffre d'affaires d'environ 5,5 millions d'euros) ; que (cependant) les accords qui concernent un seuil de chiffre d'affaires des entreprises en cause supérieur à 40 millions d'euros sont présumés affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ; que la présomption disparaît lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un Etat membre ; que si cette présomption ne joue pas, les accords et pratiques affectent sensiblement le commerce intracommunautaire s'ils affectent le marché d'une manière significative, compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ; que, de manière plus détaillée, le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; qu'ainsi l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause ; qu'en toute hypothèse, et au regard du critère de la position favorable des entreprises et de la nature des prestations fournies, la Décision critiquée était fondée à relever : - que les entreprises en cause étaient, soit les «filiales aviation» de grands groupes pétroliers, soit des filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que bien que le marché soit de dimension locale, les compagnies pétrolières en cause sont des entreprises de taille mondiale et leurs pratiques d'entente horizontale sont susceptibles d'affecter d'autres entreprises pétrolières, également de taille mondiale, actives sur les marchés des carburateurs et sur le territoire de la Communauté européenne ; - que le produit concerné était le carburateur et non pas le seul différentiel, qui est une composante du prix ;

QU'il convient donc de rejeter ce moyen ; qu'il résulte que le Conseil a fait la démonstration, que la cour adopte, qu'étaient réunis les trois éléments requis par les Lignes directrices pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir affecté le commerce intracommunautaire de façon sensible ; que le moyen contraire des requérantes sera rejeté ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE (...) les sociétés Shell SPS, Exxon, Total et Chevron estiment que le Conseil a validé lesdites visites domiciliaires ensuite d'une application erronée du droit communautaire, comme énoncé au "2" ci-dessus (...) en réponse à l'argumentation des autres sociétés requérantes, est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : " Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité ; que le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à

l'article 12 ", qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité ; que le moyen visant à écarter l'application de ce texte en la cause sera rejeté, pour les motifs tirés de l'applicabilité du droit communautaire, exposés au paragraphe 2 ci-dessus (...);

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE sur la définition du marché, la définition du marché dans l'enquête et l'instruction sur une entente horizontale, a pour utilité de déterminer le droit applicable, de caractériser une pratique et d'établir la gravité du comportement anticoncurrentiel ; que le Conseil a pu, par des motifs pertinents que la cour fait siens et qui ne sont pas contradictoires avec ce qui est énoncé sur l'applicabilité du droit communautaire (voir parag. 2-a ci-dessus) ou ce qui le sera sur la gravité du comportement poursuivi (voir plus loin, parag. 5-a), écrire (Décision, parag. 21 1 suiv.) que "le marché de produit est celui du carburéacteur qui constitue, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission, un marché de produit distinct des autres carburants (tels que l'essence automobile, le gazole, le carburant marin ou le fuel domestique) ; le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion puisque l'approvisionnement se fait à cette escale ; qu'en effet, pour les vols directs pour la métropole, qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autre possibilité pour les compagnies que de s'approvisionner en carburéacteur sur place ; que l'escale de Saint-Denis de la Réunion n'est donc substituable à aucune autre escale et il existe une demande spécifique de l'approvisionnement en kérosène des avions qui font escale à la Réunion " ; que dès lors, le moyen sera rejeté ;

1°) ALORS QUE pour être susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, une décision, un accord ou une pratique doivent sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre Etats membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre Etats membres ; qu'en se bornant à déduire l'affectation du commerce entre Etats membres de considérations générales sur le transport aérien la cour d'appel qui n'a pas établi avec un degré de probabilité suffisant en quoi le commerce entre Etats membres risquait, en l'espèce, de se trouver affecté, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 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 ;

2°) ALORS QUE la nationalité des participants à une entente nationale ne permet pas de conclure que la condition relative aux effets sur le commerce entre Etats membres est remplie ; qu'en affirmant au contraire qu'à défaut

d'établir qu'aucun opérateur présent sur le marché n'est ressortissant de la communauté, les sociétés mises en cause dont certaines ont leur siège social dans un autre Etat membre, ne peuvent pas échapper à l'application du droit communautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble 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 ;

3°) ALORS QU'en retenant, pour considérer que le commerce intracommunautaire était affecté, que la destination de Saint-Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la communauté, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à définir les contours d'un marché pertinent et à caractériser une affectation du commerce entre Etats membres, a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 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 ;

4°) ALORS QUE les conditions d'application de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE sont d'interprétation stricte ; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué que le marché en cause était celui du carburéacteur sur l'île de la Réunion ; qu'en déduisant l'affectation du commerce entre Etats membres des répercussions de l'entente sur des marchés connexes mais distincts à savoir notamment celui du transport aérien de passagers, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble 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 ;

5°) ALORS QU'en affirmant que les pratiques en cause étaient susceptibles eu égard à leur nature d'affecter sensiblement les échanges communautaires tout en admettant que les conditions de la présomption d'affectation sensible du commerce intracommunautaire ne sont pas réunies, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble 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 ;

6°) ALORS QU'en retenant que la pratique en cause était susceptible d'affecter sensiblement "les marchés des carburéacteurs [...] sur le territoire de la Communauté européenne", tout en constatant que le marché du carburéacteur en cause était limité, d'un point de vue géographique, à la seule escale de l'île de la Réunion, ce qui conférait au marché en cause une dimension non seulement nationale mais surtout locale et excluait en toute hypothèse toute affection sensible du commerce intracommunautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 §1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble 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.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION («sur le sort des visites domiciliaires effectuées à Londres»)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE les sociétés Shell SPS, Exxon, Total et Chevron estiment que le Conseil a validé lesdites visites domiciliaires en suite d'une application erronée du droit communautaire, comme énoncé au "2" ci-dessus, et après que le secrétaire général a affirmé faussement à l'office britannique compétent que le marché affecté incluait deux aéroports italiens ; que ces visites ont en outre constitué une violation de l'article 6 de la Convention ESDH et de l'article 12 parag.3 du Règlement UE 1.2003, tenant au fait que lesdites visites domiciliaires en Grande Bretagne n'ont pas été précédées d'une autorisation judiciaire, laquelle serait obligatoire même pour les personnes morales, étant précisé que le juge français aurait compétence pour évaluer le respect du droit étranger lors de procédures qui se sont déroulées à l'étranger, lorsque ces procédures emportent des effets sur le territoire français ; qu'enfin, ces visites auraient constitué une violation des règles de compétence des rapporteurs du Conseil, que les lois française (article 450.1 C.com.) britannique (section 65F du Competition Act) et communautaire (article 22-1° du règlement) n'autoriseraient pas à accompagner des diligences à l'étranger, en l'occurrence des visites domiciliaires ; que sur le tout, l'assentiment apparent des entreprises perquisitionnées à de tels agissements illicites a été surpris et que ces entreprises n'ont bénéficié d'aucun recours juridictionnel en Grande Bretagne, qui aurait constitué une garantie équivalente à ce qu'offre en pareil cas le droit français ; que les sociétés du groupe Total dénoncent en outre «l'instrumentalisation du droit communautaire» qui a conduit les services de l'instruction à demander l'assistance de l'Office of Fair Trading (OFT) lorsqu'il est apparu que les investigations menées en France ne permettaient pas d'apporter la preuve des pratiques reprochées (...) ; que liminairement les sociétés du groupe Total n'ont pas fait l'objet d'investigations menées sur le fondement de l'article 22-1 du règlement n° 1/2003 ; qu'une entreprise n'est pas fondée à se plaindre des violations des droits de la défense d'une entreprise tierce ou à remettre en cause la régularité d'une procédure à laquelle elle est étrangère ; que les sociétés Total seront donc dites irrecevables à soulever ce moyen ;

1°) ALORS QU'une personne est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers, lorsque cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts ; qu'ainsi une personne est toujours recevable à contester la légalité d'une visite pratiquée au domicile d'une autre partie à la procédure, lorsque des pièces saisies à cette occasion lui sont ensuite opposées pour justifier sa condamnation ; qu'il ressort des propres mentions de l'arrêt attaqué et de la procédure que la condamnation des fournisseurs de carburéacteur du chef d'entente repose pour l'essentiel sur les pièces découvertes dans les locaux des entreprises domiciliées à Londres grâce au concours des autorités britanniques ; qu'en affirmant qu'à défaut d'avoir fait l'objet d'investigations sur le fondement de l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003, les sociétés Total sont irrecevables à contester la légalité d'une procédure concernant des entreprises tierces, à laquelle, elles sont étrangères, bien que les opérations de visite illégalement pratiquées portaient directement atteinte à leurs intérêts, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

2°) ALORS QU'il suffit, pour qu'une personne poursuivie puisse contester une saisie de documents, que les pièces saisies ne soient pas dépourvues de tout lien avec l'exercice des droits de la défense ; qu'en érigeant en principe, pour décider que les « sociétés du groupe Total » étaient irrecevables à contester les visites et saisies pratiquées au Royaume-Uni « qu'une entreprise n'est pas fondée à se plaindre des violations des droits de la défense d'une entreprise tierce ou à remettre en cause la régularité d'une procédure à laquelle elle est étrangère », sans tenir compte du lien direct existant entre la saisie contestée et la poursuite dont les sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion étaient l'objet, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE ;

3°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite ou déloyale est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; qu'en décidant que les sociétés Total Outre-Mer et Total Réunion étaient irrecevables à contester la légalité des opérations de visites et saisies pratiquées à l'étranger à la demande du Conseil de la concurrence, bien que les pièces ainsi découvertes ont ensuite été utilisées contre elles pour leur reprocher d'avoir participé à une entente, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 12 et 22 du règlement communautaire n°1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

ET AUX MOTIFS ENCORE QU'en réponse à l'argumentation des autres sociétés requérantes, est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : " Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité ; que le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12, qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité ; que le moyen visant à écarter l'application de ce texte en la cause sera rejeté, pour les motifs tirés de l'applicabilité du droit communautaire, exposés au paragraphe 2 ci-dessus ; que ce texte communautaire a par ailleurs été respecté par le Conseil et par l'OFT ; qu'en fait et d'abord, le Rapporteur général du Conseil a adressé au directeur général de l'OFT une demande d'assistance, en date du 3 décembre 2004, fondée sur l'article 22-1° du règlement CE n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, expliquant les raisons pour lesquelles l'assistance de l'OFT semblait nécessaire, à savoir la présence au Royaume-Uni des sièges sociaux ou de l'activité vente de plusieurs entreprises concernées, et indiquant que les pratiques présumées pouvaient être qualifiées de pratiques concertées ou d'abus de position dominante collective au regard des articles 81 et 82 du traité CE en raison de leurs effets potentiels sur le commerce entre Etats membres ; qu'en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le Rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur général de l'OFT puisse se déterminer ; que ce faisant, le Rapporteur général du Conseil n'a formellement violé aucune disposition en vigueur et a utilisé normalement les instruments du droit communautaire ; qu'en effet, les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs, et la faculté - prévue aux articles L. 463-2 et L. 463-7 du Code de commerce - qui leur est alors ouverte la possibilité de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à décharge, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil ; qu'en droit et ensuite, comme l'a indiqué la Décision dans des termes que la cour fait siens, les dispositions de l'article 22-1° du Règlement 1/2003 organisent, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relèvent d'un contrôle distinct :  
- la demande d'assistance formulée par l'autorité qui souhaite en bénéficier ;  
- l'autorisation et le déroulement de l'inspection mise en oeuvre par l'autorité destinataire de la demande d'assistance ; - l'utilisation des informations

obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'inspection a été réalisée ; que la première et la troisième étape sont soumises au droit national applicable dans l'État demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet État, tandis que la deuxième est régie par le droit national applicable dans l'État destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet autre État ; qu'en l'espèce, la demande d'assistance a été adressée le 4 décembre 2004 par le Rapporteur général du Conseil de la concurrence au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT), autorité de concurrence du Royaume Uni ; qu'elle tendait à la recherche de preuves en vue de démontrer une infraction à l'article 81 du traité susceptible d'avoir été commise en France par des entreprises dont le siège est au Royaume Uni ; que cette demande a été acceptée le 12 avril 2005 par le directeur général de l'OFT, qui a fait procéder aux investigations dans les locaux des entreprises concernées (Chevron Texaco UK et Chevron Texaco Global Aviation, Shell Aviation Limited, Exxon Mobil Aviation International Limited) ; que les circonstances, mentionnées par le Rapporteur général dans sa demande d'assistance, que les pratiques étaient susceptibles d'avoir un impact sur des entreprises européennes concurrentes de celles mises en cause (comme BP) ou que d'autres du Rapporteur général, à ce stade débutant de la procédure, ne relève pas d'une "déloyauté" dont les entreprises requérantes soupçonnent avec beaucoup de légèreté le service instructeur du Conseil ; qu'en tout état de cause, il ne saurait remettre en question les conditions dans lesquelles et les motifs pour lesquels l'OFT a été saisi, puisque, comme énoncé au paragraphe 2 ci-dessus, l'affectation du commerce intracommunautaire était acquise ; qu'il sera aussi fait observer que le directeur général de l'OFT a, par un écrit du 12 avril 2005, autorisé des membres du personnel de cette autorité à pénétrer dans les locaux de la société Shell Aviation à Londres afin d'y exercer les pouvoirs conférés par l'article 65F de la loi (britannique) sur la concurrence, en sorte qu'il a nécessairement exercé une appréciation de fait et de droit sur la demande de son homologue français ; que c'est donc à tort que les sociétés du groupe Total invoquent une violation du principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC qui affecterait la validité de la demande adressée par le Rapporteur général du Conseil de la concurrence au président de l'OFT ; que par ailleurs, en ce qui concerne la présence des rapporteurs du Conseil lors des opérations, que toute contestation relative au déroulement des investigations menées au Royaume-Uni dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 22-1 ° du règlement 1/2003 ne pouvait être portée que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit anglais ; qu'aucune des sociétés concernées par les investigations menées au Royaume-Uni n'a exercé un tel recours, l'affirmation selon laquelle ce juge britannique serait inaccessible et n'aurait qu'une compétence d'attribution limitée ne pouvant être proférée que si l'une au moins des sociétés visitées avait tenté une action ; qu'en tout état de cause, les trois rapporteurs du Conseil, régulièrement désignés, n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles

entraient bien dans le cadre de l'enquête sollicitée sans exercer aucun des pouvoirs de la nature de ceux que leur confère l'article L. 450-4 du Code de commerce ; que le procès-verbal de visite indique que la rapporteure française a pénétré dans les locaux aux fins d'identifier tout document à remettre à l'OFT pour les besoins de l'enquête, dans la limite et pendant le temps où les agents de l'OFT sont présents dans les locaux pour l'exercice de leur mission en vertu de l'article 65D de la loi applicable à une enquête ; que leur présence a été acceptée par les entreprises visitées, comme le démontrent tant l'absence d'un quelconque recours devant le juge britannique, ainsi qu'il a été dit, et comme en atteste le procès-verbal d'accord de pénétrer dans des locaux, terminé par l'affirmation que la visite a eu lieu "harmonieusement", et signé par le représentant de l'OFT, la représentante de la société Chevron et Mme Wibaux, rapporteure du Conseil de la concurrence le 14 avril 2005 ; qu'en ce qui concerne l'absence d'autorisation judiciaire et le bénéfice des "garanties équivalentes", que l'article 22-1° du règlement précité prévoit que les mesures d'enquête exécutées sur le fondement de ce texte le sont « en application » du droit national de l'autorité exécutive ; qu'en droit anglais, coexistent deux types d'enquêtes incluant des visites dans des locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition (warrant) délivré par un juge (article 65G du Competition Act), l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65F du Competition Act) ; qu'en l'espèce, c'est la seconde procédure qui a été mise en oeuvre par l'OFT comme l'attestent notamment la mention « Notice of entry of business premises without a warrant under section 65F of the Competition Act 1998 » figurant sur les courriers adressés aux entreprises pour les informer des visites à venir dans leurs locaux ; que l'absence d'autorisation judiciaire ne saurait, par conséquent, être constitutive d'une irrégularité ; qu'en toute hypothèse, et en supposant que les garanties du droit anglais ne soient pas équivalentes à celles du droit français, l'article 12, 3°, du Règlement CE 1/2003 déjà cité énonce que les informations transmises d'ANC à ANC ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire ; que dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté ; que la protection qui est assurée par ces dispositions vise expressément et exclusivement les personnes physiques ; que par surcroît, et comme il a été dit, les documents ont été transmis volontairement aux enquêteurs, avec le plein accord des entreprises, conformément à la procédure du Competition Act choisie qui n'était pas coercitive ; qu'en somme, il résulte de ce qui précède que la requérante n'est pas fondée à demander que les documents recueillis en application de l'article 22-1° du règlement 1/2003 soient retirés du dossier ;

4°) ALORS QUE la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile sont des droits constitutionnellement garantis par le juge judiciaire ; que les articles L 450-1 et L 450-4 du Code de commerce permettent au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence d'adresser une demande d'assistance effectuée conformément aux dispositions de l'article 22 §1 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité sans autorisation judiciaire préalable ; qu'ils sont donc contraires à l'article 66 de la Constitution ; qu'à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité qui interviendra, l'arrêt attaqué se trouvera privé de base légale au regard des principes constitutionnels de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile ;

5°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que la demande d'assistance émise par le Conseil de la concurrence auprès d'une autorité étrangère doit être loyale et qu'il n'en est ainsi que si les informations fournies à l'appui de la demande de concours, sont objectives ; qu'en décidant que la demande d'assistance adressée par le rapporteur du Conseil de la concurrence aux autorités britanniques était loyale, après avoir expressément constaté qu'elle reposait « sur des craintes exagérées » ce qui ne pouvait que fausser l'analyse des autorités britanniques quant à la nécessité de procéder aux visites sollicitées, la cour d'appel a violé les articles 12 et 22 du règlement n°1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

6°) ALORS QUE la constatation d'une affectation du commerce intracommunautaire est une condition nécessaire mais non suffisante à la validité d'une demande de coopération adressée par une autorité nationale de concurrence à une autorité d'un autre Etat membre et ne dispense pas celui qui sollicite l'assistance d'une autorité étrangère pour réunir les preuves d'une pratique anticoncurrentielle de lui présenter le dossier objectivement et loyalement afin de lui permettre de vérifier la régularité et la proportionnalité de la mesure sollicitée ; qu'en considérant au contraire que la circonstance que la demande d'assistance présentée à l'OFT ait été fondée sur «de craintes exagérées» n'était pas de nature à remettre en cause la validité de la procédure dans la mesure où l'affectation du commerce intracommunautaire, était acquise, la cour d'appel a violé de plus fort les articles 12 et 22 du règlement n°1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ensemble les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

7°) ALORS QUE l'Union Européenne respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en tant que principes généraux du droit

communautaire ; que l'exigence d'une protection contre des interventions de la puissance publique dans la sphère privée d'une personne, qu'elle soit physique ou morale, qui seraient arbitraires ou disproportionnées, constitue donc un principe général du droit communautaire ; qu'il s'ensuit que la nécessité reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme de protéger sans distinction les domiciles des personnes physiques et morales s'impose aussi en droit communautaire ; qu'en considérant que l'article 22 du règlement communautaire n° 1/2003 pouvait être interprété comme accordant aux personnes morales une moindre protection en cas de visite de leurs locaux professionnels, la cour d'appel a violé les articles 6 du TFUE, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

8°) ALORS QUE tout moyen de preuve obtenu de manière illicite ou déloyale est irrecevable et ne peut établir l'existence d'une entente ; que tout intéressé est recevable à critiquer à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision de condamnation la manière dont les documents qui lui sont opposés ont été obtenus ; qu'en considérant que l'appréciation de la régularité de la visite et des conditions dans lesquelles les rapporteurs du Conseil de la concurrence avaient pu assister aux opérations et identifier les documents nécessaires à l'enquête échappaient à la compétence des juridictions nationales, quand il incombait au juge de la concurrence de s'assurer que les pièces retenues à charge par le Conseil de la concurrence avaient été régulièrement obtenues, la cour d'appel a violé les articles 6 du Traité de L'Union européenne, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

9°) ALORS QUE l'Union Européenne respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en tant que principes généraux du droit communautaire ; qu'une visite domiciliaire ne répond aux exigences des articles 6 et 8 de la Convention que si l'entreprise mise en cause dispose d'un recours effectif lui permettant de contester en fait et en droit les conditions et le déroulement de la visite ; qu'en affirmant qu'à défaut d'avoir exercé un recours contre la procédure anglaise de visites, les entreprises visitées n'étaient pas fondés à invoquer l'absence d'effectivité du recours, la Cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les articles 6 du traité de l'Union européenne, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

10°) ALORS QUE le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable compte tenu du caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises ; qu'une autorité qui se fait remettre volontairement des documents par une entreprise dans le cadre d'une procédure non coercitive ne peut ensuite lui opposer ces pièces pour justifier une sanction que si la société mise en cause avait été préalablement et clairement informée de son droit de s'opposer à la visite et mis à même de l'exercer ; qu'en retenant, pour décider que la procédure de visite pratiquée à Londres était régulière que les documents utilisés ensuite comme moyen de preuve, avaient été transmis volontairement aux enquêteurs avec le plein accord des entreprises conformément à une procédure non coercitive, sans vérifier ainsi qu'elle y était tenue, si les parties avaient été clairement et préalablement informées de l'objet et du but de la visite, et de leur droit de s'y opposer, la cour d'appel a violé les articles 6 du traité de l'Union européenne, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

11°) ALORS QUE seuls les agents de la Commission sont habilités à assister aux opérations de visite effectuées dans un Etat membre et à se faire remettre les documents saisis ; que lorsque la visite a eu lieu à la demande d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre, les informations sont recueillies par l'autorité ayant prêté son assistance puis transmises par celle-ci à l'auteur de la demande ; qu'en considérant que les rapporteurs du Conseil français de la concurrence avaient pu valablement assister aux opérations de visites sur le territoire britannique et sélectionner eux-mêmes, les pièces qu'ils souhaitaient emporter et se les faire remettre, la cour d'appel a ajouté à la loi et violé les articles 12, 20 et 22 du règlement communautaire n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

#### SIXIEME MOYEN DE CASSATION (Sur l'existence d'une entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence

AUX MOTIFS QUE sur la référence aux règles des appels d'offres contenues dans le code des marchés publics, le Conseil a exposé, dans une motivation que la cour approuve et qui n'est d'ailleurs pas factuellement contredite par les sociétés requérantes, que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion sont des appels à la concurrence, consistant à inviter des fournisseurs de biens ou services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée, à savoir l'attribution d'un marché annuel ; que cette organisation vise à minimiser le coût moyen de l'acquisition du carburéacteur, sachant que plusieurs offreurs doivent être sélectionnés pour pouvoir couvrir l'ensemble de la demande ; que l'appel à la concurrence suit un processus préétabli : Air France envoie un premier courrier pour le 1er tour avec une date limite et ainsi de suite pour les tours suivants jusqu'au 1er novembre, date de la fin du contrat annuel précédent ; que même si le nombre définitif de "tours" n'est pas connu des soumissionnaires, ces derniers sont incités à diminuer leurs prix dès lors que chaque tour a une probabilité suffisante d'être le dernier, avec le risque qu'une entreprise peu compétitive en prix soit exclue du marché ou ne se voie affecter que des volumes d'approvisionnement limités ; que comme le nombre de tours a toujours été de deux à quatre et que des entreprises ont effectivement été exclues dans le passé (ou se sont vues allouer une part minime de l'appel d'offres), celles-ci étaient effectivement incitées à diminuer leurs prix ; qu'en somme, dans son analyse, le Conseil n'a jamais considéré que le marché en cause était juridiquement en la forme d'un marché public ; qu'il est au contraire indiqué au paragraphe 47 de la décision que "l'appel d'offres d'Air France ne fonctionne pas comme un marché public, suivant le principe d'une offre fixe sous pli fermé à un seul tour" ; que quand bien même la société Air France aurait eu recours à des appels d'offres, le Conseil a décrit ce marché comme étant un oligopole restreint du fait du nombre limité d'offres sur ce marché avec des barrières à l'entrée liées à la présence de deux GIE chargés de la gestion des infrastructures aéroportuaires ; que dès lors, le moyen sera rejeté ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE sur le comportement d'Air France, la société Chevron, les sociétés Total et la société Esso SAF affirment que le comportement de la compagnie Air France dans la négociation du marché litigieux est à l'origine de l'apparence d'entente dont la Décision fait grief aux entreprises ; que précisément, la compagnie aérienne donnait elle-même des informations aux négociateurs des différentes compagnies pétrolières sur le positionnement des concurrents en prix et en quantité, et conduisait ainsi implicitement mais nécessairement ses cocontractants vers la couverture de cent pour cent des besoins, ni plus ni moins (...) ; que cependant, le comportement d'entente est constitué dès lors que des entreprises ont librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; que le comportement du cocontractant, qu'il

soit distributeur, acheteur ou donneur d'ordre, n'est par conséquent pas exonératoire, chaque entreprise conservant la responsabilité de répondre à une sollicitation manifestement illicite dans son objet ou dans ses effets ; qu'autrement dit, à supposer qu'Air France ait effectivement laissé filtrer quelques informations au cours du processus de mise en concurrence des offres et ait ainsi permis aux entreprises de faire en sorte de ne pas dépasser globalement cent pour cent des besoins de l'acheteur, cet élément de fait ne saurait constituer une provocation mais tout au plus une cause d'atténuation de la sanction, examinée à ce titre plus loin (parag. 5-d) ; que dès lors, le moyen sera rejeté ;

AUX MOTIFS EN OUTRE QUE sur l'absence d'un « faisceau d'indices graves, précis et concordants » d'une entente horizontale et sur les échanges habituels d'informations entre les entreprises mises en cause, les deux G.I.E. dont l'existence a été signalée plus haut, sont un lieu de réunion des fournisseurs de carburéacteurs pour l'aéroport de St Denis de la Réunion et permet à chacun de ces fournisseurs de connaître sa part de marché sur l'escale et celle de ses concurrents, en temps réel ; que, pour n'avoir rien d'illicite, ces échanges ne sauraient être déniés ou minimisés par les entreprises mises en cause ; que comme le relève le Conseil dans la Décision, dans une analyse que la cour reprend à son compte, le document coté 544 saisi dans les locaux de la société Shell SPS présente, pour le mois de novembre 2002, les parts de marché (en temps réel) de chaque compagnie pétrolière sur l'escale ; qu'un courriel de Mme Dorothee C..., gestionnaire des approvisionnements au sein des GIE, daté du 26 juin 2001, a été saisi chez Exxon Mobil, au siège d'EMAIL, c'est-à-dire la division aviation à Londres, qui négocie les appels d'offres et n'a théoriquement pas de contact avec Esso SAF à la Réunion ; que ce courriel était simultanément adressé à Total Réunion et à Shell SPS ; qu'il confirme que chacune des compagnies connaît les parts de marché des autres compagnies pétrolières : « depuis que nous avons reçu le fax du 15/06/01 d'Anne Marie D... nous demandant de ne plus livrer à crédit AOM (cette compagnie n'a pas de cash disponible localement) aucun plein n'a été fait pour votre compte. Qu'en est-il de la surveillance judiciaire ? Car avec les instructions que vous m'avez données, je suis dans l'incapacité de respecter vos 4 parts de marché, au fil des jours je m'en éloigne. Maintenez-vous vos positions ? Veuillez noter les % réalisés au 20/06/2001 à 5h45 et les % prévu au dimanche 24/06/01 » ; qu'un autre document (coté 378) saisi chez Air Total International (à Paris) montre également que la société du groupe Total qui s'occupe de répondre aux appels d'offres d'Air France connaissait exactement les volumes vendus jusqu'à fin septembre 2002 par les compagnies pétrolières concurrentes, sur différentes escales, ainsi que les estimations des volumes vendus pour l'année ; que de surcroît, sur ce document figure, de façon manuscrite, la part de marché d'Air France pour Total sur chacune de ces escales ; qu'en somme, la défense des entreprises mises en cause, consistant à dénier le contenu ou la portée de leurs échanges habituels d'informations, et donc la première condition d'une

une action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, n'apparaît pas fondée ; que sur les échanges d'information pour le marché litigieux, la preuve de l'action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, résulte tant d'indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, que du parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et de preuves matérielles de leur entente ; que le premier indice du caractère anormal de l'appel d'offres de 2002 résulte de ce que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies pétrolières ont soumissionné correspondait exactement (100%) aux besoins appelés ; que s'agissant d'un simple indice, sa vraisemblance statistique n'est pas nécessaire, au rebours de ce qu'exigent les entreprises mises en cause ; qu'un deuxième indice de concertation se situe à l'issue du deuxième tour de l'appel d'offres, alors que le ratio de couverture est toujours de 100% ce qui implique que l'acheteur (en l'espèce Air France) n'avait pas d'autre choix que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies pétrolières s'il voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant, ainsi qu'il a été dit dans l'exposé des faits par la cour ; que s'agissant du parallélisme de comportement, le fait d'avoir unanimement proposé des prix en hausse pour la première enchère de 2002, d'avoir non moins unanimement maintenu ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, d'avoir ensemble limité les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et de ne pas avoir, ni isolément ni d'accord, modifié les offres en volume pendant tout l'appel d'offres, est constitutif d'un élément dont les entreprises mises en cause ne proposent pas d'explication plausible ; que de manière détaillée, le Conseil était fondé à relever à ce sujet, dans une analyse que la cour reprend à son compte :

- S'agissant de l'augmentation des prix lors de la première enchère de 2002, que l'augmentation du différentiel entre l'année 2002 et l'année 2001 se situe à 14,7 % pour Shell SPS, à 26,5% pour Chevron, à 25,8% ou 20,9% pour Total et à 33,3% pour Exxon Mobil ; que les offres du premier tour pour l'appel d'offres de 2002 ont été en augmentation sensible par rapport aux résultats de l'appel d'offres de 2001 (paragraphe 409 et 410 de la décision) ; - S'agissant du maintien de prix élevé tout au long de l'appel d'offres le Conseil a pu relever qu'une fois le premier tour d'enchères passé, les pétroliers n'ont consenti que de faibles baisses du différentiel allant de 2 à 3 % ; - S'agissant d'une limitation des offres en volume, au premier tour de l'appel d'offres, le Conseil a pu constater que les compagnies avaient soumissionné pour un total de 100% du marché ce qui était une situation totalement inédite dans la mesure où dans les négociations précédentes Air France disposait toujours d'une certaine marge de manoeuvre grâce à des taux compris entre 150 et 180 % du volume appelé ; - S'agissant de la rigidité des volumes pendant l'appel d'offres le Conseil a pu constater un maintien à l'identique des offres de volume entre le premier tour et le deuxième tour et ce n'est qu'en toute fin d'appel d'offres que les pétroliers ont consenti à modifier leurs offres en volume dans des proportions

négligeables ; que chaque compagnie a choisi lors de l'appel d'offres de 2002, contrairement à ce qui a été observé au cours des années précédentes, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à restreindre les parts de marché et supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix (paragraphe 397 à 408) ; que les pièces produites à la cour comportent enfin des preuves matérielles de la concertation et que le Conseil a fait une exacte description de ces documents ; qu'en premier lieu, les annotations manuscrites de M. Simon Cooper, négociateur de l'appel d'offres de la société Chevron Texaco, (cote 2027) confirment la répartition de marché convenue entre les entreprises avant le début de l'appel d'offres et contribuent ainsi à prouver l'existence d'une concertation avant le dépôt des offres ; que de même le courrier électronique de Mme Réalland (cote 384) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Total Outre Mer révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres au sujet de l'attitude commune à adopter pour tenir compte du changement de source d'approvisionnement en carburéacteur (rendu nécessaire par l'entrée en vigueur de nouvelles spécifications européennes pour le gasoil à compter du 1er mars 2003) ; qu'enfin, le courrier électronique de Mme Porthun (cote 3151) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Shell qui est analysé par la Décision dans ses paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant le dépôt des offres au sujet des prix de transfert et des conséquences de l'utilisation de différents index de cotation entrant dans les offres soumises ; que Mme Porthun de Shell Trading indique à M. Gravet de Shell Aviation (filiale chargée de la vente) "avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène et en avoir retiré des informations ("tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon (...))". L'aspect positif est que tout le monde est dans la même situation et Total est également extrêmement préoccupé" ; que dès lors, le Conseil avait réuni les indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, décrit le parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et analysé exactement les preuves matérielles de leur entente ; qu'il disposait ainsi d'une juste certitude sur l'absence d'autonomie des entreprises mises en cause et pouvait entrer en voie de sanction, sans avoir à analyser en détail le scénario alternatif proposé par Shell SPS selon lequel les fournisseurs s'adaptent de manière spontanée et libre, en fonction de leurs propres observations et des pratiques des années antérieures, et sans avoir davantage à examiner "l'absence de mobile" invoquée par Esso SAF ;

ET AUX MOTIFS ENFIN (...) QUE sur la circonstance atténuante de la pratique anticoncurrentielle d'Air France, la cour a abordé la question de l'attitude d'Air France et l'effet des informations qu'elle aurait données, au paragraphe 4-c ci-dessus, pour indiquer que cette hypothèse ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire ; que s'agissant de modérer les sanctions, si Air France était en partie responsable de "fuites" d'informations, destinées à guider

la conduite de ses cocontractants, voire à les pousser dans l'illicéité, cet élément de fait ne serait un facteur d'atténuation de la sévérité du Conseil que si les entreprises mises en cause étaient en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie aérienne ; que le mécanisme de l'entente, décrit précédemment, montre qu'il n'en était rien. Air France étant en situation de demandeur captif ; que s'agissant de la puissance d'achat d'Air France, inopérante en soi, elle doit en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquelles appartiennent les entreprises en cause ;

1°) ALORS QU'une entreprise qui n'a pas soumissionné ne peut pas se voir reprocher d'avoir participé à une entente concernant un appel d'offres ; qu'en condamnant la société Total Outre Mer du chef d'entente, sans vérifier ainsi qu'elle y avait été spécialement invitée, si cette société avait effectivement participé au prétendu appel d'offres lancé par Air France en 2002, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ;

2°) ALORS QUE l'arrêt attaqué a expressément constaté qu'il n'est pas exclu que la société Air France ait elle-même laissé filtrer au cours des négociations qu'elle menait avec chaque fournisseur, les informations leur permettant ensuite de ne pas dépasser 100 % des besoins en carburéacteur de l'acheteur ; qu'en considérant néanmoins que la diffusion par Air France de telles informations ne constituait pas une circonstance exonératoire de l'entente reprochée aux fournisseurs de carburéacteur, après avoir retenu parmi les indices constitutifs d'une entente entre les candidats au prétendu appel d'offres d'Air France et révélant une concertation entre eux, que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies ont formulé une offre correspondaient exactement à 100% des besoins d'Air France, quand l'attitude de la société Air France a permis à chaque concurrents d'accéder à ces informations sans qu'aucune concertation entre eux ne soit nécessaire, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE le courriel de Mme Realland du 17 octobre 2002 fait état, sans en mentionner la source, d'une information selon laquelle «la profession maintient son offre initiale sur AG mais rajoute «un add on» qui serait retiré dans le cas où les importations reviendraient sur la zone AG» ; qu'en affirmant que ce courrier électronique émanant d'une salariée de la société Total Outre Mer révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres, sans vérifier comme elle y a avait été invitée si cette information n'avait pas été révélée par Air France elle-même, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ;

4°) ALORS QUE seuls sont prohibés les échanges d'informations entre entreprises concurrentes en vue de fausser le libre jeu de la concurrence : qu'en affirmant que les fournisseurs de carburéacteur n'avaient pas à répondre à une sollicitation manifestement illicite de la société Air France, quand rien n'interdit à une entreprise de s'adapter intelligemment aux attentes exprimées par son client au mieux de ses intérêts, la cour d'appel a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

5°) ALORS QU'en affirmant, pour condamner notamment la société Total Outre Mer, que les fournisseurs de carburéacteur avaient échangé des informations dans le cadre de deux GIE dont ils étaient membres, sans répondre aux conclusions de la société faisant précisément valoir qu'elle n'a jamais été membre de ces GIE et n'était pas davantage intervenue dans leur fonctionnement, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE tout échange d'informations n'est pas nécessairement anticoncurrentiel ; qu'en déduisant l'existence d'une entente à partir de la circonstance que les compagnies pétrolières avaient connaissance des volumes de carburant vendus à Air France par les sociétés concurrentes sur l'escale de Saint-Denis de la Réunion, après avoir constaté, que des échanges habituels d'informations avaient lieu dans le cadre de deux GIE chargés de la gestion des infrastructures aéroportuaires dont elles étaient membres et n'avaient rien d'illicite, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

7°) ALORS QU'un parallélisme de comportements entre oligopoleurs n'est susceptible d'établir l'existence d'une entente que s'il ne se justifie par aucune autre explication plausible qu'une concertation entre eux ; que la charge de la preuve qu'une concertation constitue la seule explication plausible du parallélisme de comportements des opérateurs incombe à l'autorité poursuivante ; qu'en reprochant aux entreprises mises en cause de ne pas proposer d'explication plausible au maintien de prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, quand il appartenait à l'autorité poursuivante de démontrer que compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché, le parallélisme de comportements ne pouvait pas s'expliquer autrement que par une concertation, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, et L 420-1 du Code de commerce, ensemble l'article 2 du règlement 1/2003 ;

8°) ALORS QU'en reprochant aux entreprises mises en cause de ne pas proposer d'explication plausible au maintien de prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, tout en constatant que le scénario alternatif fourni par les

opérateurs permettant d'expliquer ce parallélisme de comportements n'a jamais été examiné par le Conseil de la concurrence, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, et L 420-1 du Code de commerce ;

9°) ALORS QU'en déduisant l'existence d'une entente à laquelle aurait participé la société Total Outre Mer du courrier électronique de Mme Réalland du 17 octobre 2002, tout en constatant que celui-ci portait sur la prise en compte du changement de source d'approvisionnement rendu nécessaire par l'entrée en vigueur des nouvelles spécifications européennes pour le gasoil à compter du 1er mars 2003, ce dont il résulte qu'il ne contenait aucune donnée sensible d'un point de vue concurrentiel et ne concernait pas l'élaboration des offres à Air France mais seulement la fourniture du carburéacteur en amont, 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 101 du TFUE.

#### SEPTIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sauf sur la publication, le recours formé par la société Total Outre Mer contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence et notamment d'avoir condamné cette société au paiement d'une amende de 4.4 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) les sociétés requérantes contestent la gravité des pratiques, mettant en avant, outre la taille réduite du marché affecté, la durée limitée des pratiques et la subsistance d'une concurrence réelle entre les compagnies pétrolière ; qu'elles contestent également l'importance du dommage ainsi causé à l'économie ; que sur ce point, il est soutenu, notamment, que les amendes infligées ne tiennent pas ou insuffisamment compte de la taille réduite du marché affecté – s'agissant tant de sa dimension locale (Réunion) que de sa valeur (faible part représentée par le différentiel sur le coût de l'approvisionnement en carburéacteur) ou de l'existence d'un seul client concerné (Air France) –, de la puissance d'achat d'Air France et de son rôle dans la commission des pratiques ; qu'il est également reproché au Conseil d'avoir méconnu l'effet très limité de la pratique sur les conditions de concurrence sur le marché considéré et sur le surcoût payé par Air France ou sur le prix du billet payé par le consommateur ; que Shell SPS fait valoir qu'au regard de la valeur des ventes affectées, les amendes prononcées sont « quasiment trois fois supérieures » à celles que le Conseil aurait prononcées s'il avait fait application des lignes directrices de la Commission ; que les sociétés Total font encore valoir que le comportement d'Air France a été tel que les sanctions doivent être largement minorées ; qu'en outre, s'agissant des

éléments individuels, que les sociétés Chevron et Total Outre Mer contestent leur sanction en invoquant des problèmes touchant à l'imputabilité des pratiques, précisément Chevron arguant de ce que sa sanction de 10 millions d'euros a été fixée en prenant apparemment en compte une part de responsabilité de la filiale locale Chevron Réunion qui n'a pas été partie à la procédure et Total Outre Mer soutenant que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en sanctionnant deux fois les pratiques reprochées aux deux sociétés du groupe alors qu'elle-même n'est jamais intervenue dans les négociation avec Air France et n'a jamais exercé aucune fourniture de carburéacteur à la Réunion ; que par surcroît, les sociétés Total s'étonnent d'assumer plus de treize pour cent de la somme des sanctions, alors que telle était leur part de marché, l'argument étant repris sous une autre forme par la société Esso SAF ; qu'enfin, Total Réunion conteste la circonstance de réitération dans la mesure où la sanction infligée à Total Réunion Comores prononcée par décision du 19 octobre 1993 concernait une pratique qui n'avait ni le même objet, ni les mêmes effets anticoncurrentiels que celle qui a donné lieu à la sanction critiquée ; qu'elle ajoute que l'ancienneté de cette décision doit, en tout état de cause, être prise en compte ; que comme Esso SAF, elle soutient également que sa situation a été appréciée de façon erronée au regard du profit qu'elle aurait retiré des pratiques ; que ladite société Esso SAF reproche au Conseil d'avoir calculé le plafond de sa sanction par référence au chiffre d'affaires consolidé du groupe Exxon Mobil dans son ensemble, c'est-à-dire par référence au chiffre d'affaires consolidé figurant dans les comptes de la société Exxon Mobil Corporation, holding à laquelle le Conseil estime pourtant que la pratique n'est pas imputable ; qu'elle estime qu'ainsi, dès lors que son autonomie a été reconnue par rapport à la société mère Exxon Mobil Corporation, le Conseil a méconnu la volonté du législateur, lors de la modification du I de l'article L.464-2 par la loi NRE, et, en outre, adopté une position contraire au droit communautaire ; mais que l'article L.464-2-I, alinéa 3, du Code de commerce prescrit à l'Autorité et, à sa suite, à la Cour d'appel de PARIS, de proportionner les sanctions à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ; que les sanctions doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ; qu'ainsi, doivent être abordées liminairement les questions que soulèvent les requérantes mais qui ne sont pas incluses dans les prévisions de la loi : - le marché pris en considération pour évaluer la gravité des comportements et le dommage à l'économie : que le marché pris en considération par la Décision a été défini à propos de l'applicabilité du droit communautaire (ci-dessus parag. 2-a) et mentionné à propos des preuves de l'entente (parag. 4- a) ; qu'il s'agit du marché principal de la vente de carburéacteur par des compagnies pétrolières nationales ou européennes dans le département français de La Réunion et des deux marchés connexes d'approvisionnement de transport de passagers français ou européens vers ou au départ de l'île de La Réunion ;

que ce n'est que pour déterminer la gravité d'un comportement et le dommage qu'il a causé à l'économie, au sens des dispositions de l'article L.464-2 du Code de commerce, que le Conseil explicité la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause ; que s'agissant de la taille du marché de la fourniture de carburéacteur à Air France à La Réunion, le Conseil en a déterminé les caractéristiques et a notamment, sans être contredit, établi que le coût annuel pour l'acheteur s'établissait à 23 M€ et en notant que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représentait environ un tiers de coût (§ 519) ; que les parties ne peuvent donc prétendre que le Conseil a méconnu la grandeur réelle du marché concerné ; qu'au demeurant, le produit concerné ne saurait être un « différentiel » et que l'objet du contrat entre les compagnies pétrolières et Air France (ainsi que les autres compagnies aériennes) est bien la fourniture du kérosène, qui comprend un index de référence et un différentiel ; que le Conseil a estimé encore, à juste titre, que la gravité des comportements et le dommage pouvaient être appréciés également sur le marché indirectement affecté de la livraison de kérosène sur l'escale de La Réunion, les compagnies pétrolières ayant reconnu, elles-mêmes, que l'intensité de la concurrence entre elles pour servir les compagnies Corsair, AOM, Air Austral ou Air Bourbon, était affectée par le résultat de l'appel d'offres d'Air France ; qu'en 2002, ce marché a représenté environ 50 millions d'euros, cette estimation se fondant sur la constatation que l'appel d'offres d'Air France en 2002 représentait 22 millions d'euros (§ 183) et celle que, cette même année, les livraisons de carburéacteur pour l'aéroport de Saint-Denis de La Réunion se sont élevées à environ 200.000 m<sup>3</sup>, Air France en consommant à elle seule 46 % (soit 900.000 m<sup>3</sup>) (cf. § 15 de la notification de griefs) ; que du tout il résulte que les sanctions prononcées n'avaient pas à tenir compte des caractéristiques du marché considéré, en dehors de l'analyse faite de la gravité des comportements et de l'importance du dommage à l'économie ; - la référence à la pratique de la Commission : que la pratique répressive de la Commission européenne n'est pas un des critères énoncés par l'article L.464-2-I ; que dès lors le Conseil n'avait pas à se justifier de ce qu'à son avis, la Commission européenne, afin de donner à l'amende un caractère suffisamment dissuasif, aurait vraisemblablement, pour tenir compte du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise, appliqué un facteur multiplicateur au montant de base de l'amende devant être infligée à chaque compagnie pétrolière ; - la circonstance atténuante de la pratique anticoncurrentielle d'Air France : que la Cour a abordé la question de l'attitude d'Air France et l'effet des informations qu'elle aurait données au paragraphe 4-c ci-dessus, pour indiquer que cette hypothèse ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire ; que, s'agissant de modérer les sanctions, que si Air France était en partie responsable de « fuites » d'informations, destinées à guider la conduite de ses cocontractants, voire à les pousser dans l'illicéité, cet élément de fait ne serait un facteur d'atténuation de la sévérité du Conseil que si les entreprises mises en cause étaient en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie aérienne ; que le mécanisme de l'entente, décrit précédemment,

montre qu'il n'en était rien, Air France étant en situation de demandeur captif ; que s'agissant de la puissance d'achat d'Air France, inopérante en soi, elle doit en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquels appartiennent les entreprises en cause ; que sur la gravité des comportements : que la gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence. Il en résulte que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables ; qu'il en est ainsi notamment dans le cas d'ententes ou d'actions concertées qui empêchent de garantir la sincérité des appels d'offres, mécanismes pourtant mis en oeuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, parce que ces comportements altèrent l'indépendance des offres et éliminent la concurrence par les prix ; que si la durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction, la durée pertinente n'est toutefois pas la durée du déroulement de l'appel d'offres lui-même, mais la durée de son exécution pendant laquelle sont ressentis les effets sur le marché ; qu'en l'espèce, les pratiques anticoncurrentielles ont donc duré une année ; que sur l'importance du dommage à l'économie, le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie ; que du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché ; que, sur les éléments de fait qui caractérisent l'existence du dommage à l'économie, que les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs ; qu'en l'espèce, le Conseil était fondé à énoncer, dans des motifs que la Cour s'approprie : - qu'il n'est pas contestable que les quatre compagnies pétrolières en cause appartiennent aux groupes mondiaux qui sont les cinq majors du secteur ; qu'elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché ; que sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux prix du kérosène, qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'au surplus, dans l'île de La Réunion, la demande émane d'une clientèle captive puisque la Compagnie Air France et les autres compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de La Réunion, donc auprès des compagnies pétrolières membres du GIE ; - que le consommateur est directement affecté par les pratiques puisqu'ainsi qu'il a été dit précédemment, dans le transport aérien, le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix initial du billet ; - que de ces cinq points de vue, le dommage à l'économie est important ; que, maintenant, pour répondre complètement aux arguments articulés par les entreprises requérantes à

propos du dommage à l'économie, le dommage à l'économie visé par les dispositions de l'article L.464-2 alinéa 3 du Code de commerce, ne se réduit pas au préjudice subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce Air France ; qu'il s'apprécie aussi en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause, et de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; que de même, le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée, mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif «importance» de ce dommage utilisé par le législateur ; que dès lors, l'argumentation de Shell SPS selon laquelle le dommage causé à l'économie correspondrait au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières, que la requérante évalue à 1.134.900 €, de sorte que l'amende à elle infligée correspondrait à plus de 9 fois le dommage à l'économie résultat de la pratique ne peut prospérer, non plus que la thèse selon laquelle le dommage à l'économie serait nul ; que sur les éléments d'individualisation des sanctions pour chaque entreprise : \* Sur l'imputabilité des comportements anticoncurrentiels (...) ; qu'en ce qui concerne les sociétés du groupe Total, les éléments du dossier (§ 312 à 341) établissaient que l'intervention de la société Total Outre Mer dans le déroulement de l'appel d'offres, celle-ci ayant notamment servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres de Total Réunion ; que, dès lors, le Conseil était fondé à estimer que la responsabilité de la société Total Outre Mer devait être retenue, concomitamment à celle de la société Total Réunion ; qu'il a pu aussi valablement estimer que l'implication des deux sociétés devait le conduire à partager également entre elles, avant la prise en compte de la réitération concernant la société Total Réunion, la sanction pécuniaire devant s'appliquer au «Groupe Total» (§ 528) ; que sur la situation individuelle par entreprise (ordre alphabétique) (...) en ce qui concerne les sociétés du groupe Total, le Conseil a d'abord retenu une situation de réitération contre la société Total Réunion ; que la société Total Réunion Comores, à laquelle a succédé la société Total Réunion, a été sanctionnée par décision du Conseil de la concurrence du 19 octobre 1993, pour des pratiques d'entente mises en oeuvre par les sociétés Elf Antar France et Total Réunion Comores sur le marché de la distribution du carburéacteur dans le département de La Réunion ; que la seule circonstance alléguée par Total Réunion, que la structure du marché et ses propres parts de marché ont évolué entre les deux épisodes infractionnels ne peut pas conduire à considérer que les pratiques seraient différentes par leur objet ou leur effet anticoncurrentiel ; que, par conséquent, la réitération a pu être retenue valablement par le Conseil ; que, sur le montant de la sanction contre les sociétés Total, le Conseil a pu établir que les comptes des sociétés Total Réunion et Total Outre Mer sont consolidés au sein de ceux du groupe Total, qui a réalisé au cours de l'exercice 2007 un chiffre d'affaires de 158 milliards d'euros ; que le plafond des sanctions susceptibles d'être infligées aux sociétés du groupe Total est donc de 15,8

milliards d'euros ; qu'au sein de ce groupe, la société Total Réunion a réalisé, au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007, un chiffre d'affaires de 172 millions d'euros alors que celui de la société Total Outre Mer s'est élevé à 2,67 milliards d'euros pour le même exercice ; que, compte tenu de l'implication de ces deux sociétés du groupe Total dont la responsabilité conjointe dans la mise en oeuvre des pratiques est expliquée aux paragraphes 499 à 502 de la Décision, le Conseil a pu estimer, dans des motifs que la Cour approuve, que la sanction pécuniaire devant s'appliquer aux sociétés du groupe Total devait être partagée également entre Total Réunion et Total Outre Mer, avant prise en compte de la réitération de Total Réunion ; que dès lors la sanction pécuniaire de 4,4 millions d'euros prononcée contre Total Outre Mer et la sanction de 5,5 millions d'euros prononcée contre Total Réunion apparaissent justifiées et motivées ; que si les sociétés Total relèvent que ces sanctions ne sont pas à proportion de celles infligées aux autres entreprises, il faut rappeler qu'une société sanctionnée ne peut exiger que l'application des principes et critères prévus par les textes relatifs à la détermination des sanctions et, en aucun cas, contester sa sanction au motif qu'elle serait discriminatoire par rapport à celle infligée à une autre (Cour de cassation, 23 avril 2003, Interflora) ; que du tout il s'évince que le montant des sanctions prononcées doit être confirmé par la Cour ;

1°) ALORS QU'une entreprise ne peut être ni poursuivie, ni sanctionnée pour entente au titre d'un appel d'offres auquel elle n'a pas répondu ; qu'en décidant néanmoins de sanctionner la société Total Outre Mer après avoir constaté que cette société s'était bornée à participer à la préparation de l'appel d'offres présenté par la société Total Réunion, ce dont il résulte qu'aucune sanction ne pouvait lui être appliquée, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE le montant de la sanction a été fixé en tenant compte de la dimension prétendument communautaire de l'entente relevée ; que la censure à intervenir sur le quatrième moyen entraînera par voie de conséquence, l'annulation des sanctions prononcées en application des dispositions de l'article 625 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE le montant de la sanction d'une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence doit être proportionnée à l'importance du dommage causé à l'économie ; que ce dommage ne saurait être présumé ; qu'en affirmant au contraire que «le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie», la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du Code de commerce ;

4°) ALORS QUE l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète tenant notamment compte des facteurs d'aggravation

et d'atténuation de la pratique incriminée ; qu'en se bornant à affirmer que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables, la cour d'appel qui n'a procédé à aucune analyse concrète de la gravité de la pratique en cause n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 464-2 du Code de commerce ;

5°) ALORS QU'en affirmant, pour établir la gravité de l'entente, que le mécanisme d'appel d'offres est mis en oeuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, après avoir constaté qu'en l'espèce, l'acheteur était en partie responsable des fuites d'informations destinées à guider la conduite de ses cocontractants voire à les pousser dans l'illicéité, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du Code de commerce ;

6°) ALORS QU'en considérant que la société Air France était en situation de demandeur captif sur le marché du carburéacteur de la Réunion sans répondre aux conclusions précises et déterminantes de la société Total Outre Mer démontrant que la compagnie aérienne avait demandé à certains de ses fournisseurs de lui soumettre des offres couplées sur plusieurs escales, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Moyens produits au pourvoi P 09-72.705 par la SCP Odent et Poulet, avocat aux conseils pour la société des Pétroles Shell ;

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR décidé que l'intervention de la société Air France était recevable, d'AVOIR rejeté le recours de la Société des Pétroles Shell contre la décision n°08-D-30 du Conseil de la concurrence et d'AVOIR imposé la publication d'un communiqué ;

AUX MOTIFS QUE, par application de l'article R 464-17 du code de commerce, lorsque le recours risque d'affecter les droits ou charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence ou, à l'époque de la procédure litigieuse, devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois après la réception de la

lettre de notification du recours ; que cette déclaration est déposée au greffe dans les conditions de l'article R 464-12 du même code ; ce renvoi de l'article R 464-17 à l'article R 464-12 ne peut concerner que l'alinéa premier (1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>) dudit article, relatif à la forme de la déclaration ; en effet, l'alinéa 2, qui autorise le déclarant à déposer son acte au greffe sans en exposer les moyens et à exprimer ceux-ci plus tardivement, ne bénéficie nécessairement qu'à l'auteur d'un recours, principal ou incident, puisque l'article R 464-17, quant à lui, impose à l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration ; la notification de la Décision a été faite le 11 et reçue le 12 décembre 2008 ; que les recours des entreprises sanctionnées ont été déposés les 11 et 12 janvier 2009 et notifiés dans les cinq jours à Air France ; que la compagnie Air France a déclaré se joindre à la procédure par acte du 12 février 2009 ; la déclaration au greffe en date du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et de ses conseils ; qu'elle énonce en ces termes l'objet de l'intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la Décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; enfin, la déclaration d'intervention comporte à titre de motivation la phrase "le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause. Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense ; que dès lors, pour se plaindre de ce qu'Air France n'aurait pas valablement motivé sa déclaration d'intervention, ne l'aurait fait que dans ses écritures ultérieures datées du 20 mai 2009, et n'aurait donc pas respecté le délai d'un mois susmentionné, les entreprises sanctionnées doivent démontrer une atteinte à leurs droits ; cette preuve n'est pas rapportée, ni même proposée dans les écritures des parties ; qu'au contraire, il résulte de l'ordonnance de procédure du Premier président en date du 24 février 2009, modifiée le 10 avril suivant, qu'Air France a été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009, de sorte que les requérants puissent y répliquer avant le 8 octobre ; le moyen d'irrecevabilité des requérantes sera rejeté ;

ALORS QUE lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'une personne partie devant l'Autorité de la concurrence, celle-ci peut se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe ; que la déclaration doit être suivie d'un exposé des moyens déposé dans les deux mois, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office ; qu'en estimant que la société Air France, qui s'était jointe à l'instance par déclaration au greffe du 12 février 2009, avait pu déposer un exposé de ses moyens le 20 mai 2009, la cour d'appel a violé les articles R 464-12, R 464-14 et R 464-17 du code de commerce.

### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la Société des Pétroles Sheil contre la décision n°08-D-30 du Conseil de la concurrence et d'AVOIR imposé la publication d'un communiqué ;

AUX MOTIFS QU'est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° /2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : "Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12 ", qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité (...) ce texte communautaire a par ailleurs été respecté par le Conseil et par l'OFT ; en fait et d'abord, le rapporteur général du Conseil a adressé au directeur général de l'OFT une demande d'assistance, en date du 3 décembre 2004, fondée sur l'article 22-1° du règlement CE n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, expliquant les raisons pour lesquelles l'assistance de l'OFT semblait nécessaire, à savoir la présence au Royaume-Uni des sièges sociaux ou de l'activité vente de plusieurs entreprises concernées, et indiquant que les pratiques présumées pouvaient être qualifiées de pratiques concertées ou d'abus de position dominante collective au regard des articles 81 et 82 du traité CE en raison de leurs effets potentiels sur le commerce entre Etats membres ; qu'en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur général de l'OFT puisse se déterminer ; ce faisant, le rapporteur général du Conseil n'a formellement violé aucune disposition en vigueur et a utilisé normalement les instruments du droit communautaire ; en effet, les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs, et la faculté - prévue aux articles L. 463-2 et L. 463-7 du code de commerce - qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à décharge, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil ; en droit et ensuite, comme l'a indiqué la Décision dans des termes que la cour fait siens, les dispositions de l'article 22-1° du Règlement 1/2003 organisent, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relèvent d'un contrôle distinct :

- la demande d'assistance formulée par l'autorité qui souhaite en bénéficier ;  
- l'autorisation et le déroulement de l'inspection mise en oeuvre par l'autorité destinataire de la demande d'assistance ; - l'utilisation des informations obtenues par l'autorité pour le compte de laquelle l'inspection a été réalisée ;  
la première et la troisième étape sont soumises au droit national applicable dans l'Etat demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet État, tandis que la deuxième est régie par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet autre État ; en l'espèce, la demande d'assistance a été adressée le 4 décembre 2004 par le rapporteur général du Conseil de la concurrence au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT), autorité de concurrence du Royaume Uni ; qu'elle tendait à la recherche de preuves en vue de démontrer une infraction à l'article 81 du traité susceptible d'avoir été commise en France par des entreprises dont le siège est au Royaume Uni ; cette demande a été acceptée le 12 avril 2005 par le directeur général de l'OFT, qui a fait procéder aux investigations dans les locaux des entreprises concernées (Chevron Texaco UK et Chevron Texaco Global Aviation, Shell Aviation Limited, Exxon Mobil Aviation International Limited) ;

ALORS QUE les informations recueillies par une autorité de la concurrence d'un Etat membre pour le compte de l'autorité d'un autre Etat membre ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve que pour l'objet pour lesquelles elles ont été recueillies ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas de la «notice of entry of business premises». délivrée à la société Shell Aviation Ltd lors d'une perquisition de ses locaux, que les informations n'avaient été recueillies que dans le cadre de l'article 82 du traité de Rome, ce qui excluait qu'elles soient utilisées dans la présente procédure fondée sur le seul article 81, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 81 précité et des articles 12 et 22 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la Société des Pétroles Shell contre la décision n°08-D-30 du Conseil de la concurrence et d'AVOIR imposé la publication d'un communiqué ;

AUX MOTIFS QUE, pour apprécier l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le Conseil s'est référé à bon escient des règles dégagées par la Commission européenne dans sa communication du 27 avril 2004 dite Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux

articles 81 et 82 du Traité CE (Communication de la Commission, 2004/C 101/07, J O C E du 27 avril 2004, p.81) ; ces lignes directrices énoncent trois critères, cumulatifs, de l'affectation du commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (a), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (b) et le caractère sensible de la possible affectation (c) ; qu'il faut aussi préciser que le champ des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés n'est pas limité aux mouvements transfrontaliers des produits ou des services concernés, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale , a) existence d'échanges entre les Etats membres portant sur les produits concernés par les pratiques ; dans l'espèce, les pratiques affectaient un marché principal et deux marchés connexes qui étaient susceptibles d'être concernés par des échanges intra-communautaires : - d'abord, le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies nationales ou européennes dans le département français de la Réunion ; qu'en effet, les offreurs sont des entreprises multinationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de la Communauté, en particulier la France et le Royaume-Uni ; ainsi, pour l'appel d'offres de 2002, trois des entreprises soumissionnaires avaient leur siège en Angleterre : les sociétés Exxon Mobil international (EMAIL) agissant pour Esso SAF, Chevron Texaco Aviation et Shell Aviation Ltd agissant pour le compte de Shell ; par ailleurs, l'achat de carburéacteur est effectué à tour de rôle par la filiale de «trading» de l'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies et trois de celles-ci sont établies au Royaume-Uni ; que pour échapper à l'application du droit communautaire au titre du premier critère résumé dans les Lignes directrices en invoquant l'exemple de lignes maritimes purement nationales, les requérantes auraient dû établir non pas seulement que les lignes exploitées étaient intérieures à la France, s'agissant des liaisons assurées entre le continent et l'île de la Réunion, mais aussi que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne pouvait être caractérisée par le seul fait que les usagers pouvaient être européens, et également la circonstance qu'aucun des opérateurs présents sur le marché n'était ressortissant de la Communauté ; - ensuite, le marché de l'approvisionnement, qui était bien visé dans la saisine et constituait, en toute hypothèse, un marché connexe à celui de la fourniture de carburéacteur ; - enfin, le marché connexe du transport de passagers, français ou européens, vers ou au départ de la Réunion ; ce marché est, par nature, un lieu d'échanges entre Etats membres dans la mesure où les vols entre la Réunion et la métropole concernent nécessairement tous les voyageurs de la Communauté européenne et pas seulement les passagers français ; le marché du transport de passagers à destination de la Réunion était affecté par les pratiques dans la mesure où le coût du carburant retentissait directement sur le prix des billets d'avion ; l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ;

1<sup>o</sup>/ ALORS OUE le droit communautaire ne s'applique à une entente que si elle est susceptible d'affecter les échanges communautaires ; que cela suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux Etats membres ; qu'en déduisant l'existence d'une telle affectation du lieu du siège social des entreprises en cause, sans constater un quelconque transport transfrontalier de carburéacteur, la cour d'appel a violé l'article 81 du traité de Rome;

2<sup>o</sup>/ ALORS QU'il résulte des constatations de la cour d'appel l'existence de paiements internationaux et de celles du Conseil de la concurrence le fait que les quatre sociétés concernées sont, pour trois d'entre elles, domiciliées en Grande-Bretagne et, pour la quatrième, en Suisse ; qu'en déduisant de ces paiements, qui sont soit intra-communautaires, soit entre un pays de l'Union et un pays tiers, l'existence d'échanges communautaires transfrontaliers, la cour d'appel a violé l'article 81 du traité de Rome ;

3<sup>o</sup>/ ALORS QUE la seule nationalité des passagers ne caractérise pas l'existence d'échanges économiques transfrontaliers ; qu'en se fondant sur un tel fait, inopérant, la cour d'appel a violé l'article 81 du traité de Rome ;

ET AUX MOTIFS QUE sur l'affectation des échanges entre Etats membres, les pratiques d'ententes sont soumises au droit communautaire, même lorsqu'elles ne produisent leurs effets que sur le territoire d'un Etat membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d'exercer éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d'échange entre Etats membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité ; cette affectation peut n'être que potentielle, seulement susceptible d'affecter les échanges communautaires ; en conséquence, l'appréciation de l'affectation des échanges peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants : ainsi, comme le relève la Décision critiquée, la nature de l'accord ou la pratique en cause, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, la position et l'importance des entreprises en cause ; en l'espèce, les pratiques en cause étaient bien susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature et à la position des entreprises en cause ; s'agissant de la nature de la pratique incriminée, elle relève du calcul de prix de revient du transport aérien et que les entreprises mises en cause déniaient vainement l'affectation directe du prix des billets d'avion supporté par le consommateur européen, dès lors que ce prix dépend directement de celui du carburéacteur, comme l'a souligné la Décision (§ 178) sans être valablement contredite ; s'agissant de la position des entreprises en cause, il a déjà été exposé que les compagnies pétrolières relevaient de quatre groupes de dimension internationale, ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans des Etats membres de la Communauté ; pour Air France en particulier, la destination de Saint-Denis de la Réunion attire des ressortissants

de divers pays membres de la Communauté. ce qui signifie que l'activité transcommunautaire de cette compagnie aérienne est nécessairement ou au moins potentiellement affectée ;

4°/ ALORS QUE, l'affectation des échanges entre Etats membres est exclue dans le cas où sont en cause les transports entre deux parties du territoire d'un seul Etat membre ; qu'en estimant qu'une telle affectation était possible pour l'approvisionnement en carburéacteur des vols entre la France métropolitaine et la Réunion, en se fondant sur des considérations inopérantes tirées de la nationalité des passagers et de la dimension des groupes concernés, la cour d'appel a violé l'article 81 du traité de Rome ;

5°/ ALORS QUE l'affectation du commerce suppose que l'accord ou la pratique abusive soit susceptible de détourner les courants commerciaux entre Etats membres de leur orientation naturelle probable en l'absence de l'accord ou de la pratique ; qu'en estimant cette affectation établie sans constater un tel détournement, la cour d'appel a violé l'article 81 du traité de Rome ;

ET AUX MOTIFS QUE, en ce qui concerne l'affectation sensible, l'ensemble des entreprises requérantes soutient que le Conseil a retenu le critère du caractère sensible de l'affectation en procédant à une interprétation erronée des lignes directrices ; les pratiques n'ayant concerné que l'escale d'Air France à la Réunion et non la totalité du territoire français, l'accord est de nature locale : dès lors, lui est applicable non pas la présomption positive édictée par les lignes directrices (point 53) retenue par le Conseil, mais le point 90 des lignes directrices qui impose que la part du marché national à laquelle l'accès est interdit soit « importante » pour établir l'applicabilité du droit communautaire ; que cette condition n'est pas remplie en l'espèce, le volume des ventes affecté (carburéacteur vendu à Air France à la Réunion en 2002-2003) ne représentant que 1,24 % des ventes nationales (du volume global de carburéacteur vendu en France sur cette même période) ; en toute hypothèse, pour l'application du point 53, ne devrait être pris en compte que le seul chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec la vente des produits concernés par les pratiques, c'est-à-dire le seul carburéacteur fourni à Air France en 2002/2003 (soit seulement 22 millions d'euros, voire, selon les sociétés du groupe Total, la concurrence ne portant que sur le différentiel qui ne représente qu'environ 25 % du prix total du produit, seulement un chiffre d'affaires d'environ 5,5 millions d'euros) ; mais les accords qui concernent un seuil de chiffre d'affaires des entreprises en cause supérieur à 40 millions d'euros sont présumés affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ; la présomption disparaît lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un Etat membre ; si cette présomption ne joue pas, les accords et pratiques affectent sensiblement le commerce intracommunautaire s'ils affectent le marché d'une manière significative, compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ; de manière plus détaillée,

le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; qu'ainsi, l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause ; en toute hypothèse, et au regard du critère de la position favorable des entreprises et de la nature des prestations fournies, la Décision critiquée était fondée à relever : - que les entreprises en cause étaient, soit les «filiales aviation» de grands groupes pétroliers, soit des filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que bien que le marché soit de dimension locale, les compagnies pétrolières en cause sont des entreprises de taille mondiale et leurs pratiques d'entente horizontale sont susceptibles d'affecter d'autres entreprises pétrolières, également de taille mondiale, actives sur les marchés des carburateurs et sur le territoire de la Communauté européenne : - que le produit concerné était le carburateur et non pas le seul différentiel, qui est une composante du prix ; d - rejet du moyen du tout, il résulte que le Conseil a fait la démonstration, que la cour adopte, qu'étaient réunis les trois éléments requis par les Lignes directrices pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir affecté le commerce intracommunautaire de façon sensible ;

6°/ ALORS QUE l'affectation du commerce communautaire doit être sensible ; que, dans une entente qui ne couvre qu'une partie d'un marché national, cette condition n'est remplie que si l'accès à une part importante du marché national est interdit ; qu'en se fondant exclusivement sur des motifs inopérants tirés de la taille des entreprises en cause et de leur capacité à affecter d'autres entreprises de taille mondiale présentes sur le territoire de l'Union européenne, la cour d'appel a violé l'article 81 du traité de Rome.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la Société des Pétroles Shell contre la décision n°08-D-30 du conseil de la concurrence et d'AVOIR imposé la publication d'un communiqué ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, d - Sur l'absence d'un «faisceau d'indices graves, précis et concordants» d'une entente horizontale \* Sur les échanges habituels d'informations entre les entreprises mises en cause : les deux GIE dont l'existence a été signalée plus haut sont un lieu de réunion des fournisseurs de carburateurs pour l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion et permet à chacun de ces fournisseurs de connaître sa part de marché sur l'escale et celle de ses concurrents, en temps réel ; pour n'avoir rien d'illicite, ces échanges ne sauraient être déniés ou minimisés par les entreprises mises

en cause ; comme le relève le Conseil dans la Décision, dans une analyse que la cour reprend à son compte, le document coté 544 saisi dans les locaux de la société Shell SPS présente, pour le mois de novembre 2002, les parts de marché (en temps réel) de chaque compagnie pétrolière sur l'escale ; qu'un courriel de Mme Dorothee C..., gestionnaire des approvisionnements au sein des GIE, daté du 26 juin 2001, a été saisi chez Exxon Mobil, au siège d'EMAIL, c'est-à-dire la division aviation à Londres qui négocie les appels d'offres et n'a théoriquement pas de contact avec Esso S A F à la Réunion ; ce courriel était simultanément adressé à Total Réunion et à Shell SPS ; qu'il confirme que chacune des compagnies connaît les parts de marché des autres compagnies pétrolières : « depuis que nous avons reçu le fax du 15/06/01 d'Anne Marie D... nous demandant de ne plus livrer à crédit AOM (cette compagnie n'a pas de cash disponible localement), aucun plein n'a été fait pour votre compte. Qu'en est-il de la surveillance judiciaire ? Car avec les instructions que vous m'avez données, je suis dans l'incapacité de respecter vos 4 parts de marché, au fil des jours je m'en éloigne. Maintenez-vous vos positions ? Veuillez noter les % réalisés au 20/06/2001 à 5 h 45 et les % prévus au dimanche 24/06/01 » : un autre document (coté 378) saisi chez Air Total International (à Paris) montre également que la société du groupe Total qui s'occupe de répondre aux appels d'offres d'Air France connaissait exactement les volumes vendus jusqu'à fin septembre 2002 par les compagnies pétrolières concurrentes. sur différentes escales, ainsi que les estimations des volumes vendus pour l'armée ; de surcroît, sur ce document figure, de façon manuscrite, la part de marché d'Air France pour Total sur chacune de ces escales ; en somme, la défense des entreprises mises en cause, consistant à dénier le contenu ou la portée de leurs échanges habituels d'informations, et donc la première condition d'une action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, n'apparaît pas fondée ; \* Sur les échanges d'information pour le marché litigieux, la preuve de l'action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. résulte tant d'indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002 que du parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et de preuves matérielles de leur entente ; le premier indice du caractère anormal de l'appel d'offres de 2002 résulte de ce que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies pétrolières ont soumissionné correspondait exactement (100 %) aux besoins appelés ; s'agissant d'un simple indice, sa vraisemblance statistique n'est pas nécessaire, au rebours de ce qu'exigent les entreprises mises en cause ; un deuxième indice de concertation se situe à l'issue du deuxième tour de l'appel d'offres, alors que le ratio de couverture est toujours de 100 %. ce qui implique que l'acheteur (en l'espèce Air France) n'avait pas d'autre choix que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies pétrolières s'il voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant, ainsi qu'il a été dit dans l'exposé des faits par la cour ; s'agissant du parallélisme de comportement, que le fait d'avoir uniment proposé des prix en

hausse pour la première enchère de 2002, d'avoir non moins uniment maintenu ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002. d'avoir ensemble limité les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et de ne pas avoir, ni isolément ni d'accord, modifié les offres en volume pendant tout l'appel d'offres, est constitutif d'un élément dont les entreprises mises en cause ne proposent pas d'explication plausible ; de manière détaillée, le Conseil était fondé à relever à ce sujet, dans une analyse que la cour reprend à son compte : - S'agissant de l'augmentation des prix lors de la première enchère de 2002, que l'augmentation du différentiel entre l'année 2002 et l'année 2001 se situe à 14,7 % pour Shell SPS, à 26,5% pour Chevron, à 25,8 % ou 20,9 % pour Total et à 33,3 % pour Exxon Mobil ; les offres du premier tour pour l'appel d'offres de 2002 ont été en augmentation sensible par rapport aux résultats de l'appel d'offres de 2001 (paragraphe 409 et 410 de la décision) ; - S'agissant du maintien de prix élevé tout au long de l'appel d'offres, le Conseil a pu relever qu'une fois le premier tour d'enchères passé, les pétroliers n'ont consenti que de faibles baisses du différentiel allant de 2 à 3 % ; - S'agissant d'une limitation des offres en volume, au premier tour de l'appel d'offres, le Conseil a pu constater que les compagnies avaient soumissionné pour un total de 100 % du marché, ce qui était une situation totalement inédite dans la mesure où, dans les négociations précédentes, Air France disposait toujours d'une certaine marge de manoeuvre grâce à des taux compris entre 150 et 180 % du volume appelé ; - S'agissant de la rigidité des volumes pendant l'appel d'offres, le Conseil a pu constater un maintien à l'identique des offres de volume entre le premier tour et le deuxième tour et ce n'est qu'en toute fin d'appel d'offres que les pétroliers ont consenti à modifier leurs offres en volume dans des proportions négligeables ; que chaque compagnie a choisi lors de l'appel d'offres de 2002, contrairement à ce qui a été observé au cours des années précédentes, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à restreindre les parts de marché et à supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix (paragraphe 397 à 408) ; les pièces produites à la cour comportent enfin des preuves matérielles de la concertation et que le Conseil a fait une exacte description de ces documents ; en premier lieu, les annotations manuscrites de M. Simon COOPER, négociateur de l'appel d'offres de la société Chevron Texaco, (cote 2027) confirment la répartition de marché convenue entre les entreprises avant le début de l'appel d'offres et contribuent ainsi à prouver l'existence d'une concertation avant le dépôt des offres ; de même, le courrier électronique de Mme REALLAND (cote 384) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Total Outre-Mer révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres au sujet de l'attitude commune à adopter pour tenir compte du changement de source d'approvisionnement en carburant (rendu nécessaire par l'entrée en vigueur de nouvelles spécifications européennes pour le gazoil à compter du 1er mars 2003) ; enfin, le courrier électronique de Mme PORTHUN (cote 3151) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Shell, qui est analysé par la Décision dans ses

paragraphe 158 à 161 et 342 à 344, révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant le dépôt des offres au sujet des prix de transfert et des conséquences de l'utilisation de différents index de cotation entrant dans les offres soumises ; Mme PORTHUN de Shell Trading indique à M. GRAVET de Shell Aviation (filiale chargée de la vente) «avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon de leurs prix d'approvisionnement du kérosène et en avoir retiré des informations ("tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total), soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon (...)). L'aspect positif est que tout le monde est dans la même situation et Total est également extrêmement préoccupé" ; dès lors, le Conseil avait réuni les indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, décrit le parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et analysé exactement les preuves matérielles de leur entente ; il disposait ainsi d'une juste certitude sur l'absence d'autonomie des entreprises mises en cause et pouvait entrer en voie de sanction, sans avoir à analyser en détail le scénario alternatif proposé par Shell SPS selon lequel les fournisseurs s'adaptent de manière spontanée et libre, en fonction de leurs propres observations et des pratiques des années antérieures et sans avoir davantage à examiner «l'absence de mobile» invoquée par Esso SAF ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE, contrairement à ce qui est soutenu, la date de l'échange d'information n'a nullement été fixée par la notification des griefs et, en tout cas, pas au 27 septembre 2002, date à laquelle il restait encore trois jours avant le dépôt des offres. On peut, à cet égard, relever que les quatre compagnies pétrolières ont déposé leurs offres en même temps et au dernier moment, à quelques heures de la clôture du premier tour d'enchères : le 30 septembre à 13 h 34 pour Chevron (cote 203), le 30 septembre à 15 h 21 pour Total (cote 189), le 30 septembre à 17 h 03 pour Shell (cote 195) et le 30 septembre à 19 h 18 pour Exxon (cote 207) ; en outre, le Conseil rappelle que le grief porte sur une entente de répartition qui était facile à obtenir par un échange rapide sur la limitation des volumes. Un tel accord n'a pas besoin d'être arrêté dans ses moindres détails pour produire ses effets et il n'est notamment pas nécessaire d'établir en commun un prix d'arrivée ou une séquence de prix. L'entente était donc facile à obtenir en trois jours et elle a même pu se concrétiser quelques heures avant le dépôt des offres puisque tous les pétroliers ont attendu la dernière limite pour déposer leur offre ;

ALORS QUE la preuve d'une entente ne peut résulter que de présomptions précises et concordantes ; que l'exposante faisait valoir que l'autorité de la concurrence avait admis qu'il résultait d'un e-mail du samedi 28 septembre 2002 à 19 h 43 qu'à cette date elle ignorait le résultat final de l'appel d'offres et qu'aucune entente n'était caractérisée : celle-ci aurait donc dû se nouer avant la remise des offres, soit le lundi 30 septembre vers 13 heures ; qu'elle en déduisait que l'entente ne pouvait pas exister, faute de possibilité matérielle de l'organiser en si peu de temps et un dimanche ; qu'en ne répondant pas à ces conclusions pertinentes en droit, et comprenant des

faits offerts en preuve, sauf à adopter une pure affirmation de l'autorité de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la Société des Pétroles Shell contre la décision n°08-D-30 du conseil de la concurrence et d'AVOIR imposé la publication d'un communiqué ;

AUX MOTIFS QUE le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie ; que du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché ; sur les éléments de fait qui caractérisent l'existence du dommage à l'économie, les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs ; qu'en l'espèce, le Conseil était fondé à énoncer, dans des motifs que la cour s'approprie, - qu'il n'est pas contestable que les quatre compagnies pétrolières en cause appartiennent aux groupes mondiaux qui sont les cinq majors du secteur, - qu'elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché, de la demande aux prix du kérosène, qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; au surplus, dans l'île de la Réunion, la demande émane d'une clientèle captive puisque la compagnie Air France et les autres compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion, donc auprès des compagnies pétrolières membres des GIE ; - que le consommateur est directement affecté par les pratiques puisqu'ainsi qu'il a été dit précédemment, dans le transport aérien, le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix total du billet ; - et que de ces cinq points de vue, le dommage à l'économie est important ; maintenant, pour répondre complètement aux arguments articulés par les entreprises requérantes à propos du dommage à l'économie, que le dommage à l'économie visé par les dispositions de l'article L 464-2 alinéa 3 du code de commerce, ne se réduit pas au préjudice subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce Air France ; il s'apprécie aussi en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause, et de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; de même, le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif «importance» de ce dommage utilisé par le législateur ; dès lors, l'argumentation de Shell SPS selon laquelle le dommage causé à l'économie

correspondrait au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières, que la requérante évalue à 1 134 900 E, de sorte que l'amende à elle infligée correspondrait à plus de 9 fois le montant du dommage à l'économie résultat de la pratique, ne peut prospérer, non plus que la thèse selon laquelle le dommage à l'économie sera nul (...) en ce qui concerne les sociétés du groupe Shell, les comptes de la société Shell SPS sont consolidés au sein de ceux du groupe Shell, qui a réalisé un chiffre d'affaires de 355 milliards de dollars au cours de l'exercice 2007 ; le plafond de la sanction susceptible d'être infligée à la société Shell SPS est donc de 35,6 milliards de dollars, soit environ 23 milliards d'euros ; le chiffre d'affaires de la société Shell SPS s'est élevé à 7,2 milliards d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007 ; dès lors la sanction pécuniaire de 10,5 millions d'euros infligée apparaît juste et motivée ;

ALORS D'UNE PART QUE le dommage à l'économie ne se présume pas ; qu'en retenant l'existence d'une telle présomption, sans examiner concrètement l'effet des pratiques en cause sur le marché, la cour d'appel a violé l'article L.464-2 du code de commerce ;

ALORS D'AUTRE PART QUE les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné ; qu'il appartient donc au juge d'expliquer en quoi son calcul répond à ces critères, notamment au regard du plafond de la sanction ; qu'en s'abstenant de toute explication sur ce point, la cour d'appel a violé l'article L.464-2 du code de commerce.

Moyens produits au pourvoi Z 09-72.830 par la SCP Defrenois et Lévis, avocat aux conseils pour la société Chevron Products company ;

PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur la perte de fondement juridique)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Chevron Products Company sauf sur la publication ;

1°) ALORS QUE l'abrogation d'une disposition législative, en ce qu'elle fait perdre à l'arrêt qui en fait application son fondement juridique, entraîne de plein droit l'anéantissement de celui-ci ; que l'abrogation à intervenir de l'article L.464-8 du code de commerce en application de l'article 62 de la Constitution entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique ;

2°) ALORS QUE l'abrogation à intervenir des articles L.450-1 et L.450-4 du code de commerce en application de l'article 62 de la Constitution entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique.

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

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Chevron Products Company sauf sur la publication ;

AUX MOTIFS QUE :

«pour apprécier l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le Conseil s'est référé à bon escient des règles dégagées par la Commission européenne dans sa communication du 27 avril 2004 dite Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (Communication de la Commission, 2004/C 101/07, JOCE du 27 avril 2004, p.81) ;

(...) ces lignes directrices énoncent trois critères, cumulatifs, de l'affectation du commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (a), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (b) et le caractère sensible de la possible affectation (c) ; (...) il faut aussi préciser que le champ des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés n'est pas limité aux mouvements transfrontaliers des produits ou des services concernés, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale ;

a - Existence d'échanges entre les Etats membres portant sur les produits concernés par les pratiques

(...) dans l'espèce, les pratiques affectaient un marché principal et deux marchés connexes qui étaient susceptibles d'être concernés par des échanges intracommunautaires :

- d'abord, le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies nationales ou européennes dans le département français de la Réunion ; (...) en effet, les offreurs sont des entreprises multinationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de la Communauté, en particulier la France et le Royaume-Uni ; (...) ainsi, pour l'appel d'offres de 2002, trois des entreprises soumissionnaires avaient leur siège en Angleterre : les sociétés Exxon Mobil International (EMAIL) agissant pour Esso SAF, Chevron Texaco Aviation et Shell Aviation Ltd agissant pour le compte de Shell ; (...) par ailleurs, l'achat de carburéacteur est effectué à tour de rôle par la filiale de «trading » de l'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies et trois de celles-ci sont établies au Royaume-Uni ; (...) pour échapper à l'application du droit communautaire au titre du premier critère résumé dans les Lignes directrices, en invoquant l'exemple de lignes maritimes purement nationales, les requérantes auraient

dû établir non pas seulement que les lignes exploitées étaient intérieures à la France, s'agissant des liaisons assurées entre le continent et l'île de la Réunion, mais aussi que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne pouvait être caractérisée par le seul fait que les usagers pouvaient être européens, et également la circonstance qu'aucun des opérateurs présents sur le marché n'était ressortissant de la Communauté ;

- ensuite, le marché de l'approvisionnement, qui était bien visé dans la saisine et constituait, en toute hypothèse, un marché connexe à celui de la fourniture de carburéacteur ;

- enfin, le marché connexe du transport de passagers, français ou européens, vers ou au départ de la Réunion ; (...) ce marché est, par nature, un lieu d'échanges entre Etats membres dans la mesure où les vols entre la Réunion et la métropole concernent nécessairement tous les voyageurs de la Communauté européenne et pas seulement les passagers français ; (...) le marché du transport de passagers à destination de la Réunion était affecté par les pratiques dans la mesure où le coût du carburant retentissait directement sur le prix des billets d'avion ;

(...) l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ;

#### b - Affectation des échanges entre Etats membres

(...) la société Shell SPS estime que le critère de l'implantation des entreprises en cause ou celui de la nationalité des passagers ne sont pas des critères pertinents ou déterminants en soi pour considérer que la condition relative aux effets sur le commerce des Etats membres est remplie ;

(...) la même requérante doute que les pratiques incriminées aient pu affecter potentiellement l'activité économique transfrontalière d'Air France, puisque les passagers voyageant sur cette compagnie ne pouvaient concrètement pas être des ressortissants des autres Etats membres, sinon dans des proportions infimes ;

Mais (...) les pratiques d'ententes sont soumises au droit communautaire, même lorsqu'elles ne produisent leurs effets que sur le territoire d'un Etat membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d'exercer éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d'échange entre Etats membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité ;

(...) cette affectation peut n'être que potentielle, seulement susceptible d'affecter les échanges communautaires ; (...) en conséquence l'appréciation

de l'affectation des échanges peut résulter de plusieurs facteurs qui pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants : ainsi, comme le relève la Décision critiquée, la nature de l'accord ou la pratique en cause, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, la position et l'importance des entreprises en cause ;

(...) en l'espèce, les pratiques en cause étaient bien susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature et à la position des entreprises en cause ;

(...) s'agissant de la nature de la pratique incriminée, elle relève du calcul de prix de revient du transport aérien et (...) les entreprises mises en cause dénie vainement l'affectation directe du prix des billets d'avion supporté par le consommateur européen, dès lors que ce prix dépend directement de celui du carburéacteur, comme l'a souligné la Décision (parag. 178) sans être valablement contredite ;

(...) s'agissant de la position des entreprises en cause, il a déjà été exposé que les compagnies pétrolières relevaient de quatre groupes de dimension internationale, ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans des Etats membres de la Communauté ; (...) pour Air France en particulier, la destination de St Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la Communauté , ce qui signifie que l'activité transcommunautaire de cette compagnie aérienne est nécessairement ou au moins potentiellement affectée ;

c - En ce qui concerne l'affectation sensible

(...) l'ensemble des entreprises requérantes soutient que le Conseil a retenu le critère du caractère sensible de l'affectation en procédant à une interprétation erronée des lignes directrices ; (...) les pratiques n'ayant concerné que l'escale d'Air France à la Réunion et non la totalité du territoire français, l'accord est de nature locale : dès lors, lui est applicable, non pas la présomption positive édictée par les lignes directrices (point 53) retenue par le Conseil, mais le point 90 des lignes directrices qui impose que la part du marché national à laquelle l'accès est interdit soit « importante » pour établir l'applicabilité du droit communautaire ; (...) cette condition n'est pas remplie en l'espèce, le volume des ventes affecté (carburéacteur vendu à Air France à la Réunion en 2002-2003) ne représentant que 1,24 % des ventes nationales (du volume global de carburéacteur vendu en France sur cette même période) ; (...) en toute hypothèse, pour l'application du point 53, ne devrait être pris en compte que le seul chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec la vente des produits concernés par les pratiques, c'est-à-dire le seul carburéacteur fourni à Air France en 2002/2003 (soit seulement 22 millions d'euros, voire, selon les sociétés du groupe Total, la concurrence ne portant que sur le

différentiel qui ne représente qu'environ 25 % du prix total du produit, seulement un chiffre d'affaires d'environ 5,5 millions d'euros) ;

Mais (...) les accords qui concernent un seuil de chiffre d'affaires des entreprises en cause supérieur à 40 millions d'euros sont présumés affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ; (...) la présomption disparaît lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un Etat membre ;

(...) si cette présomption ne joue pas, les accords et pratiques affectent sensiblement le commerce intracommunautaire s'ils affectent le marché d'une manière significative, compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ; (...), de manière plus détaillée, le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; (...) ainsi l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause ;

(...) en toute hypothèse, et au regard du critère de la position favorable des entreprises et de la nature des prestations fournies, la Décision critiquée était fondée à relever :

- que les entreprises en cause étaient, soit les « filiales aviation » de grands groupes pétroliers, soit des filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée; (...) bien que le marché soit de dimension locale, les compagnies pétrolières en cause sont des entreprises de taille mondiale et leurs pratiques d'entente horizontale sont susceptibles d'affecter d'autres entreprises pétrolières, également de taille mondiale, actives sur les marchés des carburateurs et sur le territoire de la Communauté européenne ;

- (...) le produit concerné était le carburateur et non pas le seul différentiel, qui est une composante du prix ;

d - Rejet du moyen

(...) du tout, il résulte que le Conseil a fait la démonstration, que la cour adopte, qu'étaient réunis les trois éléments requis par les Lignes directrices pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir affecté le commerce intracommunautaire de façon sensible » ;

1°) ALORS QU'en ne constatant pas d'incidence, directe ou indirecte, réelle ou potentielle de la pratique en cause sur l'orientation naturelle des courants commerciaux entre Etats membres ni aucun cloisonnement d'un marché, la cour d'appel n'a pas caractérisé d'affectation du commerce entre Etats

membres par les pratiques litigieuses, privant sa décision de base légale au regard de l'article 81 du traité CE;

2°) ALORS QU' en n'appréciant pas le volume des ventes affecté par les pratiques litigieuses par rapport au volume de ventes global des produits en cause sur l'Etat membre en cause, soit la France, la cour d'appel n'a pas apprécié le caractère sensible de la prétendue affectation du commerce entre Etats membres, privant sa décision de base légale au regard de l'article 81 du traité CE.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'irrégularité des visites et saisies effectuées au Royaume-Uni)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Chevron Products Company sauf sur la publication ;

AUX MOTIFS QUE :

« (...) est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n°1/2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : " Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12", qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité ;

(...) le moyen visant à écarter l'application de ce texte en la cause sera rejeté, pour les motifs tirés de l'applicabilité du droit communautaire, exposés au paragraphe 2 ci-dessus;

(...) ce texte communautaire a par ailleurs été respecté par le Conseil et par l'OFT ;

(...) en fait et d'abord, le rapporteur général du Conseil a adressé au directeur général de l'OFT une demande d'assistance, en date du 3 décembre 2004, fondée sur l'article 22-1° du règlement CE n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, expliquant les raisons pour lesquelles l'assistance de l'OFT semblait nécessaire, à savoir la présence au Royaume-Uni des

sièges sociaux ou de l'activité vente de plusieurs entreprises concernées, et indiquant que les pratiques présumées pouvaient être qualifiées de pratiques concertées ou d'abus de position dominante collective au regard des articles 81 et 82 du traité CE en raison de leurs effets potentiels sur le commerce entre Etats membres ; (...) en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur général de l'OFT puisse se déterminer ;

(...) ce faisant, le rapporteur général du Conseil n'a formellement violé aucune disposition en vigueur et a utilisé normalement les instruments du droit communautaire ; (...) en effet, les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs, et la faculté - prévue aux articles L.463-2 et L. 463-7 du code de commerce - qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à décharge, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil ;

(...) en droit et ensuite, comme l'a indiqué la Décision dans des termes que la cour fait siens, les dispositions de l'article 22-1° du Règlement 1/2003 organisent, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relèvent d'un contrôle distinct :

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

(...) la première et la troisième étape sont soumises au droit national applicable dans l'État demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet État, tandis que la deuxième est régie par le droit national applicable dans l'État destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet autre État ;

(...) en l'espèce, la demande d'assistance a été adressée le 4 décembre 2004 par le rapporteur général du Conseil de la concurrence au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT), autorité de concurrence du Royaume Uni ; (...) elle tendait à la recherche de preuves en vue de démontrer une infraction à l'article 81 du traité susceptible d'avoir été commise en France par des entreprises dont le siège est au Royaume Uni ; (...) cette demande a été

acceptée le 12 avril 2005 par le directeur général de l'OFT, qui a fait procéder aux investigations dans les locaux des entreprises concernées (Chevron Texaco UK et Chevron Texaco Global Aviation, Shell Aviation Limited, Exxon Mobil Aviation International Limited) ;

(...) les circonstances, mentionnées par le rapporteur général dans sa demande d'assistance, que les pratiques étaient susceptibles d'avoir un impact sur des entreprises européennes concurrentes de celles mises en cause (comme BP) ou que d'autres compagnies aériennes qu'Air France desservant également la Réunion effectuaient des vols vers des villes européennes, en particulier italiennes, relèvent de l'appréciation portée sur l'applicabilité en l'espèce du droit communautaire ; (...) le caractère exagéré des craintes du rapporteur général, à ce stade débutant de la procédure, ne relève pas d'une « déloyauté » dont les entreprises requérantes soupçonnent avec beaucoup de légèreté le service instructeur du Conseil ; (...) en tout état de cause, il ne saurait remettre en question les conditions dans lesquelles et les motifs pour lesquels l'OFT a été saisi, puisque, comme énoncé au paragraphe 2 ci-dessus, l'affectation du commerce intracommunautaire était acquise ;

(...) il sera aussi fait observer que le directeur général de l'OFT a, par un écrit du 12 avril 2005, autorisé des membres du personnel de cette autorité à pénétrer dans les locaux de la société Shell Aviation à Londres afin d'y exercer les pouvoirs conférés par l'article 65F de la loi (britannique) sur la concurrence, en sorte qu'il a nécessairement exercé une appréciation de fait et de droit sur la demande de son homologue français ;

(...) c'est donc à tort que les sociétés du groupe Total invoquent une violation du principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC qui affecterait la validité de la demande adressée par le rapporteur général du Conseil de la concurrence au président de l'OFT ;

par ailleurs, en ce qui concerne la présence des rapporteurs du Conseil lors des opérations, (...) toute contestation relative au déroulement des investigations menées au Royaume-Uni dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 22-1 ° du règlement 1/2003 ne pouvait être portée que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit anglais ; (...) aucune des sociétés concernées par les investigations menées au Royaume-Uni n'a exercé un tel recours, l'affirmation selon laquelle ce juge britannique serait inaccessible et n'aurait qu'une compétence d'attribution limitée ne pouvant être proférée que si l'une au moins des sociétés visitées avait tenté une action ;

(...) en tout état de cause, les trois rapporteurs du Conseil, régulièrement désignés, n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles entraient bien dans le cadre de l'enquête sollicitée sans exercer

aucun des pouvoirs de la nature de ceux que leur confère l'article L. 450-4 du code de commerce ; (...) le procès-verbal de visite indique que la rapporteure française a pénétré dans les locaux aux fins d'identifier tout document à remettre à l'OFT pour les besoins de l'enquête, dans la limite et pendant le temps où les agents de l'OFT sont présents dans les locaux pour l'exercice de leur mission en vertu de l'article 65D de la loi applicable à une enquête ;

(...) leur présence a été acceptée par les entreprises visitées, comme le démontrent tant l'absence d'un quelconque recours devant le juge britannique, ainsi qu'il a été dit, et comme en atteste le procès-verbal d'accord de pénétrer dans des locaux, terminé par l'affirmation que la visite a eu lieu "harmonieusement", et signé par le représentant de l'OFT, la représentante de la société Chevron et Mme Wibaux, rapporteure du Conseil de la concurrence le 14 avril 2005 ;

(...) en ce qui concerne l'absence d'autorisation judiciaire et le bénéfice des "garanties équivalentes", (...) l'article 22-1° du règlement précité prévoit que les mesures d'enquête exécutées sur le fondement de ce texte le sont « en application » du droit national de l'autorité exécutive ; (...) en droit anglais, coexistent deux types d'enquêtes incluant des visites dans des locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition (warrant) délivré par un juge (article 65G du Competition Act), l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65F du Competition Act) ; (...) en l'espèce, c'est la seconde procédure qui a été mise en oeuvre par l'OFT comme l'attestent notamment la mention « Notice of entry of business premises without a warrant under section 65F of the Competition Act 1998 » figurant sur les courriers adressés aux entreprises pour les informer des visites à venir dans leurs locaux ; (...) l'absence d'autorisation judiciaire ne saurait, par conséquent, être constitutive d'une irrégularité ;

(...) en toute hypothèse, et en supposant que les garanties du droit anglais ne soient pas équivalentes à celles du droit français, l'article 12, 3°, du Règlement CE 1/2003 déjà cité énonce que les informations transmises d'ANC à ANC ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'Autorité destinataire ; (...) dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté ;

(...) la protection qui est assurée par ces dispositions vise expressément et exclusivement les personnes physiques ;

(...) par surcroît, et comme il a été dit, les documents ont été transmis volontairement aux enquêteurs, avec le plein accord des entreprises, conformément à la procédure du Competition Act choisie qui n'était pas coercitive ;

(...) en somme, il résulte de ce qui précède que la requérante n'est pas fondée à demander que les documents recueillis en application de l'article 22-1° du règlement 1/2003 soient retirés du dossier » ;

1°) ALORS QU'en faisant application de l'article 22 du Règlement 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, quand les articles 81 et 82 ne sont pas applicables, la cour d'appel a violé par fausse application l'article 22 du Règlement 1/2003 ;

2°) ALORS QU'en toute hypothèse, en considérant d'une part que la demande d'assistance de l'autorité étrangère était soumise au droit français, tout en refusant, d'autre part de faire application du droit français subordonnant toute opération de visites et saisies domiciliaires à une autorisation du juge des libertés et de la détention, la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QU'en toute hypothèse, en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si les opérations de visites litigieuses avaient été effectuées dans le respect des exigences du procès équitable garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ce texte.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Chevron Products Company sauf sur la publication ;

1°) AUX MOTIFS QUE :

«c - Sur le dépassement prétendu du délai raisonnable ayant compromis irrémédiablement la possibilité pour les sociétés mises en cause d'assurer leur défense

(...) la durée excessive de la procédure serait-elle démontrée, justifie l'annulation de la procédure, mais à la condition qu'il soit établi que cette durée a fait obstacle concrètement et effectivement à l'exercice normal des droits de la défense ;

(...) il appartient, en conséquence, à l'entreprise Chevron Products Company qui invoque ce moyen, d'établir, qu'elle a été privée du droit de se défendre ;  
(...) cette preuve n'est pas rapportée ni même proposée » ;

ALORS QU'en refusant d'examiner les moyens présentés par l'exposante, démontrant la durée excessive de la procédure au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel a violé les dispositions de ce texte, ensemble les articles et 5 du code de procédure civile ;

2°) AUX MOTIFS QUE :

«e - Sur le manquement au principe d'impartialité, tenant à l'adoption systématique du point de vue d'Air France par la Rapporteure

(...) sous couvert de moyens tirés du manque d'impartialité de la rapporteure, la requérante conteste en réalité la pertinence du raisonnement suivi par le Conseil, ce qui relève du fond du débat et sera donc examiné plus loin dans le présent arrêt ;

(...) pour le surplus, et sous un angle plus formel, la requérante n'est pas fondée à se plaindre de manquements à l'impartialité des services instructeurs, dès lors qu'à partir de la notification des griefs, il a disposé de la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins, de présenter ses observations puis, après le rapporteur, de s'exprimer oralement devant le Conseil ;

(...) en l'occurrence, la requérante n'allègue pas qu'elle aurait été privée en l'espèce des garanties du contradictoire consistant dans la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins au Conseil, de présenter ses observations sur les griefs notifiés et sur le rapport ainsi que de la possibilité de s'exprimer ensuite en séance» ;

ALORS QU'en se bornant à considérer que le principe de la contradiction aurait été respecté, quand il lui était demandé de se prononcer sur la violation des principes de loyauté et d'impartialité, comme de l'instruction à charge et à décharge, la cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

3°) AUX MOTIFS QUE :

«b - Sur la référence aux règles des appels d'offres contenues dans le code des marchés publics

(...) le Conseil a exposé, dans une motivation que la cour approuve et qui n'est d'ailleurs pas factuellement contredite par les sociétés requérantes, que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion sont des appels à la concurrence, consistant à inviter des fournisseurs de biens ou services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée, à savoir l'attribution d'un marché annuel ; que cette organisation vise à minimiser le coût moyen de l'acquisition du carburéacteur, sachant que plusieurs offreurs doivent être sélectionnés pour pouvoir couvrir l'ensemble de la demande; que l'appel à la concurrence suit un processus préétabli : Air France envoie un premier courrier pour le 1er tour avec une date limite et ainsi de suite pour les tours suivants jusqu'au 1er novembre, date de la fin du contrat annuel précédent ; que même si le nombre définitif de "tours" n'est pas connu des soumissionnaires, ces derniers sont incités à diminuer leurs prix dès lors que chaque tour a une probabilité suffisante d'être le dernier, avec le risque qu'une entreprise peu compétitive en prix soit exclue du marché ou ne se voie affecter que des volumes d'approvisionnement limités ; que comme le nombre de tours a toujours été de deux à quatre et que des entreprises ont effectivement été exclues dans le passé (ou se sont vues allouer une part minimale de l'appel d'offres), celles-ci étaient effectivement incitées à diminuer leurs prix ; (...) en somme, dans son analyse, le Conseil n'a jamais considéré que le marché en cause était juridiquement en la forme d'un marché public ; (...) il est au contraire indiqué au paragraphe 47 de la décision que "l'appel d'offres d'Air France ne fonctionne pas comme un marché public, suivant le principe d'une offre fixe sous pli fermé à un seul tour" ; (...) quand bien même la société Air France aurait eu recours à des appels d'offres, le Conseil a décrit ce marché comme étant un oligopole restreint du fait du nombre limité d'offeurs sur ce marché avec des barrières à l'entrée liées à la présence de deux GIE chargés de la gestion des infrastructures aéroportuaires» ;

ALORS QU'en ne répondant pas au moyen tiré du caractère déloyal de l'utilisation de l'expression «appel d'offre», la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) AUX MOTIFS QUE :

«g - Sur le déroulement de la séance du 23 juillet 2008

(...) aucune des entreprises mises en cause n'a fait acter sur les notes de la secrétaire de séance un quelconque incident ;

(...) en outre, le principe de la contradiction est respecté dès lors que les parties ont, tout au long de cette séance, pu présenter leurs observations et que le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, a motivé sa décision de manière telle que la Cour puisse répondre aux arguments soulevés par les parties » ;

ALORS QU'en ne recherchant pas si les conditions de l'audition de M. Cooper caractérisaient un manquement à la loyauté procédurale, aux droits de la défense et au principe de l'instruction à charge et à décharge, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°) AU VISA DES:

«conclusions écrites de Monsieur le Procureur Général en date du 13 octobre 2009, mises à disposition des parties à l'audience» ;

ALORS QUE l'absence de communication des conclusions écrites du ministère public méconnaît l'article 6§1 de la Convention en ce qu'il garantit le respect du principe de loyauté procédurale ;

6°) AUX MOTIFS QUE :

«par application de l'article R 464-17 du code de commerce, lorsque le recours risque d'affecter les droits ou charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant l'Autorité de la concurrence ou, à l'époque de la procédure litigieuse, devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois après la réception de la lettre de notification du recours ; (...) cette déclaration est déposée au greffe dans les conditions de l'article R 464-12 du même code ;

(...) ce renvoi de l'article R 464-17 à l'article R 464-12 ne peut concerner que l'alinéa premier (1° et 2°) dudit article, relatif à la forme de la déclaration ; (...) en effet, l'alinéa 2, qui autorise le déclarant à déposer son acte au greffe sans en exposer les moyens et à exprimer ceux-ci plus tardivement, ne bénéficie nécessairement qu'à l'auteur d'un recours, principal ou incident, puisque l'article R 464-17, quant à lui, impose à l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration ;

(...) la notification de la Décision a été faite le 11 et reçue le 12 décembre 2008 ; (...) les recours des entreprises sanctionnées ont été déposés les 11 et 12 janvier 2009 et notifiés dans les cinq jours à Air France ; que la compagnie Air France a déclaré se joindre à la procédure par acte du 12 février 2009 ;

(...) la déclaration au greffe en date du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et de ses conseils ; (...) elle énonce en ces termes l'objet de l'intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la Décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; (...) enfin, la déclaration d'intervention comporte à titre de motivation la phrase "le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause. Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ;

(...) la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense ; (...) dès lors, pour se plaindre de ce qu'Air France n'aurait pas valablement motivé sa déclaration d'intervention, ne l'aurait fait que dans ses écritures ultérieures datées du 20 mai 2009, et n'aurait donc pas respecté le délai d'un mois susmentionné, les entreprises sanctionnées doivent démontrer une atteinte à leurs droits ;

(...) cette preuve n'est pas rapportée, ni même proposée dans les écritures des parties ; (...) au contraire, il résulte de l'ordonnance de procédure du Premier président en date du 24 février 2009, modifiée le 10 avril suivant, qu'Air France a été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009, de sorte que les requérants puissent y répliquer avant le 8 octobre » ;

ALORS QU'en considérant d'une part que l'intervenant devait « fixer sa motivation » dans sa déclaration d'intervention, pour estimer d'autre part que l'absence de fixation de cette motivation ne serait sanctionnable que pour autant qu'une atteinte aux droits de la défense est démontrée, la cour d'appel s'est prononcée par voie de contradiction de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS QU'en toute hypothèse, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles R. 464-12 et R.464-17 du code de commerce.

#### 7°) AUX MOTIFS QUE :

« f - Sur le défaut prétendu de réponse du Rapporteur aux arguments des sociétés mises en cause

(...) le rapporteur fonde la notification de griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé ; (...) il dispose ensuite d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations ; (...) enfin, le rapport n'est qu'un des éléments dont dispose le Conseil pour se prononcer ;

(...) il s'en déduit que le rapporteur n'est pas tenu de rétorquer à tous les arguments proposés en réponse à la notification de griefs ; que le principe

contradictoire est respecté dès lors que les parties ont, tout au long de la procédure, pu présenter leurs observations et que le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, a motivé sa décision de manière telle qu'il puisse, jusque devant la cour, être répondu aux arguments soulevés par les parties » ;

ALORS QU'en se refusant, de manière générale à tout contrôle de la motivation de la décision sous l'angle de la prise en considération des moyens de l'exposante, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'absence de caractérisation de l'infraction).

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Chevron Products Company sauf sur la publication ;

1°) AUX MOTIFS QUE :

« a - Sur la définition du marché (...) la définition du marché, dans l'enquête et l'instruction sur une entente horizontale, a pour utilité de déterminer le droit applicable, de caractériser une pratique et d'établir la gravité du comportement anticoncurrentiel ;

(...) le Conseil a pu, par des motifs pertinents que la cour fait siens et qui ne sont pas contradictoires avec ce qui est énoncé sur l'applicabilité du droit communautaire (voir parag. 2-a ci-dessus) ou ce qui le sera sur la gravité du comportement poursuivi (voir plus loin, parag. 5-a), écrire (Décision, parag. 21 1 suiv.) que "le marché de produit est celui du carburéacteur qui constitue, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission, un marché de produit distinct des autres carburants (tels que l'essence automobile, le gazole, le carburant marin ou le juel domestique) ; le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion puisque l'approvisionnement se fait à cette escale ; qu'en effet, pour les vols directs pour la métropole, qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autre possibilité pour les compagnies que de s'approvisionner en carburéacteur sur place ; que l'escale de Saint-Denis de la Réunion n'est donc substituable à aucune autre escale et il existe une demande spécifique de l'approvisionnement en kérosène des avions qui font escale à la Réunion " ;

(...)

- le marché pris en considération pour évaluer la gravité des comportements et le dommage à l'économie :

(...) le marché pris en considération par la Décision a été défini à propos de l'applicabilité du droit communautaire (ci-dessus parag. 2-a) et mentionné à propos des preuves de l'entente (parag. 4-a) ; (...) il s'agit du marché principal de la vente de carburéacteur par des compagnies pétrolières nationales ou européennes dans le département français de la Réunion et des deux marchés connexes d'approvisionnement et de transport de passagers français ou européens vers ou au départ de l'île la Réunion ;

(...) ce n'est que pour déterminer la gravité d'un comportement et le dommage qu'il a causé à l'économie, au sens des dispositions de l'article L 464-2 du code de commerce, que le Conseil a explicité la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause ;

(...) s'agissant de la taille du marché de la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion, le Conseil en a déterminé les caractéristiques et a notamment, sans être contredit, établi le coût annuel pour l'acheteur s'établissait à 23 M € et en notant que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représentait environ un tiers de ce coût (§ 519) ; (...) les parties ne peuvent donc prétendre que le Conseil a méconnu la grandeur réelle du marché concerné ; (...) au demeurant, le produit concerné ne saurait être un "différentiel" et (...) l'objet du contrat entre les compagnies pétrolières et Air France (ainsi que les autres compagnies aériennes) est bien la fourniture du kérosène, qui comprend un index de référence et un différentiel» ;

ALORS QU'en considérant par principe et sans pour autant le justifier comme cela le lui était demandé, que le marché concerné ne pourrait être que le marché d'un produit, et non celui d'un service, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.420-1 du code de commerce ;

2°) AUX MOTIFS QUE :

«c - Sur le comportement d'Air France (...) le comportement d'entente est constitué dès lors que des entreprises ont librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu' elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ;

(...) le comportement du cocontractant, qu'il soit distributeur, acheteur ou donneur d'ordre, n'est par conséquent pas exonératoire, chaque entreprise conservant la responsabilité de répondre à une sollicitation manifestement illicite dans son objet ou dans ses effets ;

(...) autrement dit, à supposer qu'Air France ait effectivement laissé filtrer quelques informations au cours du processus de mise en concurrence des offres et ait ainsi permis aux entreprises de faire en sorte de ne pas dépasser globalement cent pour cent des besoins de l'acheteur, cet élément de fait ne saurait constituer une provocation mais tout au plus une cause d'atténuation de la sanction, examinée à ce titre plus loin (parag. 5-d) » ;

ALORS QU'en ne recherchant pas comme elle y était invitée, si le comportement reproché à l'exposante ne résultait pas des pratiques abusives de la compagnie aérienne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.420-1 du code de commerce ;

ALORS QU'en n'examinant pas, comme elle y était conviée, l'influence des informations données par Air France aux compagnies pétrolières sur l'existence prétendue d'une concertation, donc sur la caractérisation de l'infraction alléguée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.420-1 du code de commerce ;

3°) AUX MOTIFS QUE :

«d - Sur l'absence d'un «faisceau d'indices graves, précis et concordants» d'une entente horizontale

\* Sur les échanges habituels d'informations entre les entreprises mises en cause

(...) les deux G.I.E. dont l'existence a été signalée plus haut, sont un lieu de réunion des fournisseurs de carburateurs pour l'aéroport de St Denis de la Réunion et permet à chacun de ces fournisseurs de connaître sa part de marché sur l'escale et celle de ses concurrents, en temps réel ;

(...) pour n'avoir rien d'illicite, ces échanges ne sauraient être déniés ou minimisés par les entreprises mises en cause ;

(...) comme le relève le Conseil dans la Décision, dans une analyse que la cour reprend à son compte, le document coté 544 saisi dans les locaux de la société Shell SPS présente, pour le mois de novembre 2002, les parts de marché (en temps réel) de chaque compagnie pétrolière sur l'escale ; (...) un courriel de Mme Dorothee C..., gestionnaire des approvisionnements au sein des GIE, daté du 26 juin 2001, a été saisi chez Exxon Mobil, au siège d'EMAIL, c'est-à-dire la division aviation à Londres, qui négocie les appels d'offres et n'a théoriquement pas de contact avec Esso SAF à la Réunion ; (...) ce courriel était simultanément adressé à Total Réunion et à Shell SPS ; (...) il confirme que chacune des compagnies connaît les parts de marché des autres compagnies pétrolières : « depuis que nous avons reçu le fax du 15/06/01

d'Anne Marie D... nous demandant de ne plus livrer à crédit AOM (cette compagnie n'a pas de cash disponible localement) aucun plein n'a été fait pour votre compte. Qu'en est-il de la surveillance judiciaire ? Car avec les instructions que vous m'avez données, je suis dans l'incapacité de respecter vos 4 parts de marché, au fil des jours je m'en éloigne. Maintenez-vous vos positions ? Veuillez noter les % réalisés au 20/06/2001 à 5h45 et les % prévus au dimanche 24/06/01 » ; (...) un autre document (coté 378) saisi chez Air Total International (à Paris) montre également que la société du groupe Total qui s'occupe de répondre aux appels d'offres d'Air France connaissait exactement les volumes vendus jusqu'à fin septembre 2002 par les compagnies pétrolières concurrentes, sur différentes escales, ainsi que les estimations des volumes vendus pour l'année ; (...) de surcroît, sur ce document figure, de façon manuscrite, la part de marché d'Air France pour Total sur chacune de ces escales ;

(...) en somme, la défense des entreprises mises en cause, consistant à dénier le contenu ou la portée de leurs échanges habituels d'informations, et donc la première condition d'une action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, n'apparaît pas fondée ;

\* Sur les échanges d'information pour le marché litigieux

(...) la preuve de l'action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, résulte tant d'indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, que du parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et de preuves matérielles de leur entente ;

(...) le premier indice du caractère anormal de l'appel d'offres de 2002 résulte de ce que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies pétrolières ont soumissionné correspondait exactement ( 100%) aux besoins appelés ; (...) s'agissant d'un simple indice, sa vraisemblance statistique n'est pas nécessaire, au rebours de ce qu'exigent les entreprises mises en cause ;

(...) un deuxième indice de concertation se situe à l'issue du deuxième tour de l'appel d'offres, alors que le ratio de couverture est toujours de 100% ce qui implique que l'acheteur (en l'espèce Air France) n'avait pas d'autre choix que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies pétrolières s'il voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant, ainsi qu'il a été dit dans l'exposé des faits par la cour ;

(...) s'agissant du parallélisme de comportement, (...) le fait d'avoir uniment proposé des prix en hausse pour la première enchère de 2002 , d'avoir non

moins uniment maintenu ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, d'avoir ensemble limité les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et de ne pas avoir, ni isolément ni d'accord, modifié les offres en volume pendant tout l'appel d'offres, est constitutif d'un élément dont les entreprises mises en cause ne proposent pas d'explication plausible ;

(...) de manière détaillée, le Conseil était fondé à relever à ce sujet, dans une analyse que la cour reprend à son compte :

- S'agissant de l'augmentation des prix lors de la première enchère de 2002, que l'augmentation du différentiel entre l'année 2002 et l'année 2001 se situe à 14,7 % pour Shell SPS, à 26,5% pour Chevron, à 25,8% ou 20,9% pour Total et à 33,3% pour Exxon

Mobil ; (...) les offres du premier tour pour l'appel d'offres de 2002 ont été en augmentation sensible par rapport aux résultats de l'appel d'offres de 2001 (paragraphe 409 et 410 de la décision) ;

- S'agissant du maintien de prix élevé tout au long de l'appel d'offres le Conseil a pu relever qu'une fois le premier tour d'enchères passé, les pétroliers n'ont consenti que de faibles baisses du différentiel allant de 2 à 3 % ;

- S'agissant d'une limitation des offres en volume, au premier tour de l'appel d'offres, le Conseil a pu constater que les compagnies avaient soumissionné pour un total de 100% du marché ce qui était une situation totalement inédite dans la mesure où dans les négociations précédentes Air France disposait toujours d'une certaine marge de manoeuvre grâce à des taux compris entre 150 et 180 % du volume appelé ;

- S'agissant de la rigidité des volumes pendant l'appel d'offres le Conseil a pu constater un maintien à l'identique des offres de volume entre le premier tour et le deuxième tour et ce n'est qu'en toute fin d'appel d'offres que les pétroliers ont consenti à modifier leurs offres en volume dans des proportions négligeables ; (...) chaque compagnie a choisi lors de l'appel d'offres de 2002, contrairement à ce qui a été observé au cours des années précédentes, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à restreindre les parts de marché et supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix (paragraphe 397 à 408);

(...) que les pièces produites à la cour comportent enfin des preuves matérielles de la concertation et (...) le Conseil a fait une exacte description de ces documents ;

(...) en premier lieu, les annotations manuscrites de M. Simon Cooper, négociateur de l'appel d'offres de la société Chevron Texaco, ( cote 2027) confirment la répartition de marché convenue entre les entreprises avant le début de l'appel d'offres et contribuent ainsi à prouver l'existence d'une concertation avant le dépôt des offres ;

(...) de même le courrier électronique de Mme Réalland ( cote 384) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Total Outre Mer révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres au sujet de l'attitude commune à adopter pour tenir compte du changement de source d'approvisionnement en carburéacteur (rendu nécessaire par l'entrée en vigueur de nouvelles spécifications européennes pour le gasoil à compter du 1er mars 2003) ;

(...) enfin, le courrier électronique de Mme Porthun ( cote 3151) daté du 17 octobre 2002 émanant d'une salariée de la société Shell qui est analysé par la Décision dans ses paragraphes 158 à 161 et 342 à 344 révèle l'existence d'échanges entre les pétroliers avant le dépôt des offres au sujet des prix de transfert et des conséquences de l'utilisation de différents index de cotation entrant dans les offres soumises ; (...) Mme Porthun de Shell Trading indique à M. Gravet de Shell Aviation (filiale chargée de la vente) "avoir parlé avec Total, Caltex et Exxon, de leurs prix d'approvisionnement du kérosène et en avoir retiré des informations (" tout indique qu'ils vendaient soit suivant la formule 70/30 (Total) soit celle du 60/40 (Caltex et Exxon (...). L'aspect positif est que tout le monde est dans la même situation et Total est également extrêmement préoccupé").

(...) dès lors, le Conseil avait réuni les indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, décrit le parallélisme du comportement des entreprises mises en cause et analysé exactement les preuves matérielles de leur entente ; (...) il disposait ainsi d'une juste certitude sur l'absence d'autonomie des entreprises mises en cause et pouvait entrer en voie de sanction, sans avoir à analyser en détail le scénario alternatif proposé par Shell SPS selon lequel les fournisseurs s'adaptent de manière spontanée et libre, en fonction de leurs propres observations et des pratiques des années antérieures, et sans avoir davantage à examiner "l'absence de mobile" invoquée par Esso SAF» ;

ALORS QU'en se fondant sur le manuscrit de M. Cooper pour considérer que l'exposante aurait enfreint les règles de concurrence sans examiner les explications de l'exposante concernant ce manuscrit et démontrant au minimum son ambiguïté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.420-1 du code de commerce, ensemble le principe de la présomption d'innocence ;

ALORS QU'en se fondant, pour considérer que l'exposante aurait enfreint les règles de concurrence, sur un indice unique, non corroboré par d'autres indices graves précis et concordants, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

ALORS QU'en statuant ainsi, la cour d'appel a statué par voie de globalisation du litige, en violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

ALORS QU'en n'examinant pas les explications plausibles de l'exposante, justifiant son comportement sur le marché par des considérations de stratégie parfaitement autonomes et étrangères à toute concertation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.420-1 du code de commerce.

#### SIXIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Chevron Products Company sauf sur la publication ;

#### 1°) AUX MOTIFS QUE :

«Sur l'imputabilité des comportement anticoncurrentiels :

(...) en ce qui concerne la société Chevron, (...) la décision examinée dans le présent arrêt est celle qui a été officiellement notifiée aux entreprises conformément à l'article R 464-8 du code de commerce et qui prévoit, en ce qui concerne «la société Chevron Product Company, venant aux droits de Chevron Global Aviation» une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros »

ALORS QU'en n'examinant pas si, au-delà des apparences résultant des mentions de la décision entreprise, celle-ci n'avait pas, en réalité, comme en atteste la première version de la décision transmise aux conseils de l'exposante et diffusée sur Internet, pris en compte une part de responsabilité de la filiale Chevron Réunion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.464-2 du code de commerce ;

#### 2°) AUX MOTIFS QUE :

«(...) l'article L 464-2-1 alinéa 3 du code de commerce prescrit à l'Autorité et, à sa suite, à la cour d'appel de Paris de proportionner les sanctions à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées ; (...)

les sanctions doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ;

(...)

b - Sur l'importance du dommage à l'économie.

(...) le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie ; (...) du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché ;

(...) sur les éléments de fait qui caractérisent l'existence du dommage à l'économie, que les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs ; (...) en l'espèce, le Conseil était fondé à énoncer, dans des motifs que la cour s'approprie :

- qu'il n'est pas contestable que les quatre compagnies pétrolières en cause appartiennent aux groupes mondiaux qui sont les cinq majors du secteur,

- qu'elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché,

- 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 ; (...) au surplus, dans l'île de la Réunion, la demande émane d'une clientèle captive puisque la compagnie Air France et les autres compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion, donc auprès des compagnies pétrolières membres des GIE ;

- que le consommateur est directement affecté par les pratiques puisqu'ainsi qu'il a été dit précédemment, dans le transport aérien, le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix total du billet ;

- et que de ces cinq points de vue, le dommage à l'économie est important ;

(...) maintenant, pour répondre complètement aux arguments articulés par les entreprises requérantes à propos du dommage à l'économie, (...) le dommage à l'économie visé par les dispositions de l'article L 464-2 alinéa 3 du code de commerce, ne se réduit pas au préjudice subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce Air France ;

(...) il s'apprécie aussi en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause, et de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ;

(...) de même, le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif «importance» de ce dommage utilisé par le législateur»;

ALORS QU'en considérant que le dommage à l'économie serait présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie, la cour d'appel a violé l'article L.464-2 du code de commerce ;

ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans examiner concrètement le fonctionnement normal du marché en cause et ses caractéristiques, en particulier la faible concurrence qui s'y exerçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.464-2 du code de commerce.

Moyens produits au pourvoi U 09-72.894 par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux conseils pour la société Esso SAF SAS ;

MOYEN D'ANNULATION

(sur les conséquences de l'inconstitutionnalité des articles L. 464-8 et L. 450-1 du Code de commerce)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours en annulation de la décision 08-D-30 du Conseil de la concurrence formé par la société Esso SAF ;

Alors d'une part que les dispositions de l'article L. 464-8 du code de commerce sont contraires à la Constitution en qu'elles ne garantissent pas le respect dû aux droits de la défense et notamment, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; que la décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution les dispositions législatives susvisées prive de fondement légal l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 novembre 2009 en application du texte susvisé ;

Alors, d'autre part, que les dispositions de l'article L. 450-1 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, sont contraires au principe constitutionnel de liberté individuelle et notamment de l'inviolabilité du domicile, ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution instituant l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle et au principe d'égalité garanti par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que la décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution les dispositions législatives susvisées prive de fondement légal les visites diligentées en application de ce texte, de sorte qu'encourent l'annulation l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 novembre 2009 et la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence du 8

décembre 2008 qui se sont prononcés sur la base des résultats des visites ainsi pratiquées.

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur la violation du secret du délibéré)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours de la société Esso SAF à l'encontre de la décision 08-D-30 du Conseil de la concurrence qui l'a notamment condamnée à payer 10,7 millions d'euros d'amende,

Aux motifs que «conformément aux dispositions de l'article R.464-8 du Code de commerce les parties ont reçu notification de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception ; que le Conseil a adressé par voie électronique et mis en ligne le 4 décembre, jour même de la fin du délibéré la version numérisée de la décision ; que les requérants estiment que cette initiative a constitué une violation du délibéré ; qu'en effet, celui-ci n'aurait pas été achevé, comme le démontreraient les différences substantielles entre la version électronique diffusée prématurément pour information, et la version définitive, notifiée par la voie postale plusieurs jours plus tard ; mais que les parties ne peuvent utilement soutenir que la mise en ligne et l'envoi électronique, dans les conditions rappelées ci-dessus, aurait violé le secret du délibéré en cours ; que ce délibéré avait pris fin du fait même de la signature de la minute le 4 décembre . que cette signature marque la fin du délibéré et atteste que la décision est conforme à ce dernier ; qu'aucune circonstance postérieure ne peut affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil au terme de ce délibéré ; qu'ensuite, même affectée d'erreurs, une diffusion électronique ne saurait produire de quelconques effets de droit, notamment pas ceux d'une violation du secret du délibéré, dès lors qu'elle n'a pas été antérieure à la date à laquelle la décision a été rendue, soit le jour de la fin du délibéré et dès lors que cette version électronique mentionnait expressément «vous voudrez bien (...) noter que l'envoi, pour information, d'une décision par courriel ne revêt pas un caractère de notification faisant courir les délais de recours contentieux. Cette dernière interviendra, en effet, ultérieurement et sera effectuée par voie postale en recommandé avec AR. En cas de recours devant la Cour d'appel, seule l'ampliation certifiée conforme accompagnée de la notification revêt un caractère officiel» (cf. arrêt, p. 16),

Alors que toute violation du secret du délibéré constitue un vice entachant la régularité de la décision, tel que sa nullité doit être constatée ; que la société Esso SAF faisait valoir qu'un projet de décision avait été mis en ligne sur le site du Conseil de la concurrence à une date, le 4 décembre 2008, à laquelle le délibéré était encore en cours puisque la version définitive mise en ligne le 5 décembre 2008 et notifiée ensuite aux parties différait sensiblement de celle mise en ligne le 4 décembre 2008 ; qu'en se retranchant néanmoins derrière

la date portée sur la décision, soit le 4 décembre 2008, pour considérer que le délibéré avait pris fin à cette date, sans rechercher si cette date n'était pas erronée, puisque le jour suivant, la teneur de la décision devait être modifiée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce et du principe du secret du délibéré.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur la recevabilité de l'intervention d'Air France)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir débouté la société Esso SAF de sa demande tendant à ce que l'intervention d'Air France soit déclarée irrecevable et d'avoir rejeté son recours à l'encontre de la décision 08-D-30 du Conseil de la concurrence qui l'a notamment condamnée à payer 10,7 millions d'euros d'amende et de l'avoir condamnée, solidairement avec d'autres, à payer à la société Air France la somme de 15 000 euros en application de l'article 70 du code de procédure civile ;

Aux motifs que «toutes les parties requérantes soulèvent l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la compagnie Air France, motif pris de ce que la déclaration d'intervention d'Air France en date du 12 février 2009 ne contenait pas l'exposé des moyens invoqués ; que, plus de cinq mois après reçu la notification de la décision du Conseil de la concurrence, Air France a déposé au greffe de la Cour le 21 mai 2009 des observations contenant l'exposé de ses moyens, ainsi qu'une demande tendant à la condamnation des cinq entreprises auteurs de recours à lui payer la somme de 75.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ; que les dispositions de l'article R. 464-12 du Code de commerce sont applicables lorsqu'une partie exerce la faculté qui lui est offerte à l'article R. 464-17 du Code de commerce de se joindre à l'instance ; qu'il en résulte que l'exposé des moyens invoqués doit être déposé dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence ; que les moyens développés par Air France tendant au rejet des recours principaux, exposés dans son mémoire du 21 mai 2009, doivent être déclarés irrecevables d'office par application de l'article R. 464-12 du Code de commerce ; mais que, par application de l'article R. 464-17 du code de commerce, lorsque le recours risque d'affecter les droits ou charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois après la réception de la lettre de notification du recours ; que cette déclaration est déposée au greffe dans les conditions de l'article R. 464-12 du même code ; que ce renvoi de l'article R. 464-17 à l'article R. 464-12 ne peut concerner que l'alinéa premier (1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>) dudit article, relatif à la forme de la déclaration ; qu'en effet, l'alinéa 2, qui

autorise le déclarant à déposer son acte au greffe sans en exposer les moyens et à exprimer ceux-ci plus tardivement, ne bénéficie nécessairement qu'à l'auteur d'un recours, principal ou incident, puisque l'article R. 464-17, quant à lui, impose à l'intervenant de fixer sa motivation dès sa déclaration ; que la notification de la Décision a été faite le 11 et reçue le 12 décembre 2008 ; que les recours des entreprises sanctionnées ont été déposés les 11 et 12 janvier 2009 et notifiés dans les cinq jours à Air France ; que la compagnie Air France a déclaré se joindre à la procédure par acte du 12 février 2009 ; que la déclaration au greffe en date du 12 février 2009 comporte l'identification de l'intervenante et de ses conseils ; qu'elle énonce en ces termes l'objet de l'intervention : "la compagnie Air France entend solliciter la confirmation de la Décision, dont l'annulation ou la réformation risque d'affecter ses droits ou ses charges" ; qu'enfin, la déclaration d'intervention comporte à titre de motivation la phrase "le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention" ; que la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense ; que dès lors, pour se plaindre de ce qu'Air France n'aurait pas valablement motivé sa déclaration d'intervention, ne l'aurait fait que dans ses écritures ultérieures datées du 20 mai 2009, et n'aurait donc pas respecté le délai d'un mois susmentionné, les entreprises sanctionnées doivent démontrer une atteinte à leurs droits ; que cette preuve n'est pas rapportée, ni même proposée dans les écritures des parties qu'au contraire, il résulte de l'ordonnance de procédure du Premier président en date du 24 février 2009, modifiée le 10 avril suivant, qu'Air France a été sommée de développer ses observations avant le 20 mai 2009, de sorte que les requérants puissent y répliquer avant le 8 octobre ; que le moyen d'irrecevabilité des requérantes sera rejeté» (arrêt, p. 14 et 15) ;

Alors que les personnes qui étaient parties en cause devant le Conseil de la concurrence, qui souhaitent intervenir à l'instance devant la cour d'appel, doivent le faire par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois ; que ne satisfait pas à cette exigence de motivation la formule de pure forme selon laquelle «le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables, en la cause» ; qu'en jugeant néanmoins recevable l'intervention de la société Air France ainsi libellée, la cour d'appel a violé l'article R. 464-17 du code de commerce ;

Alors en outre que le moyen tiré du non-respect, par l'intervenant à l'instance devant la cour d'appel et qui était partie en cause devant le Conseil de la concurrence, du délai d'un mois pour établir et déposer au greffe une déclaration écrite et motivée constitue une fin de non-recevoir dont l'admission n'est pas subordonnée à l'existence d'un grief ; qu'en subordonnant à l'atteinte aux droits de la défense des entreprises poursuivies la sanction du

non-respect, par la société Air France, du délai d'un mois prescrit par l'article R. 464-17 du code de commerce pour présenter les moyens au soutien de son intervention, la cour d'appel a violé les dispositions de ce texte, ensemble les articles 122 et 124 du code de procédure civile ;

Alors en tout état de cause que les personnes qui étaient parties en cause devant le Conseil de la concurrence, qui souhaitent intervenir à l'instance devant la cour d'appel, doivent le faire par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans le délai d'un mois ; que sauf à priver ce texte de toute portée utile, tout moyen présenté postérieurement au délai qu'il fixe est irrecevable ; qu'en permettant à la société Air France de développer son acte d'intervention et de formuler des demandes plus de quatre mois après avoir reçu notification des recours des entreprises poursuivies, soit au-delà du délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14, la cour d'appel a violé l'article R. 464-17 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire par rapport aux deux premiers)

(Sur l'application du droit communautaire)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours contre la décision n° 08-D-30 du Conseil de la concurrence qui a condamné Esso SAF notamment à payer une amende de 10,7 millions d'euros,

Aux motifs que l'ensemble des entreprises requérantes invoque une violation du droit communautaire, en ce que le commerce intracommunautaire n'aurait pas été affecté par les pratiques incriminées ; qu'elles invoquent que l'absence d'échanges entre Etats membres sur les produits concernés, que ce soit sur le marché de la fourniture de carburacteur à Air France à La Réunion ou que ce soit sur le marché connexe du transport aérien entre Paris et La Réunion ; qu'au contraire, il leur apparaît que le marché pris en considération par les griefs notifiés était non pas la fourniture de carburant, mais le « différentiel », défini précédemment dans l'exposé des faits de la cause ; qu'elles ajoutent que lorsque des compagnies pétrolières françaises ou étrangères ont voulu intégrer les deux GIE, elles n'en ont pas été empêchées et y ont même réussi en ce qui concerne la compagnie Tamoil ; que les requérantes se prévalent encore de ce que les pratiques n'étaient pas susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres dès lors que les lignes exploitées sur le marché local concerné étaient intérieures à la France et que le seul fait que les usagers pouvaient être européens n'était pas de nature à caractériser cette affectation ; que les sociétés Shell SPS et Esso SAF font précisément valoir que le produit concerné, le carburacteur livré à Air France sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion ne provient pas de la communauté européenne ; que les sociétés

du groupe Total soutiennent quant à elles que le marché de l'approvisionnement n'étant pas en cause, le critère du siège des filiales de «trading» ne peut être pertinemment retenu ; mais que pour apprécier l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le Conseil s'est référé à bon escient aux règles dégagées par la Commission européenne dans sa communication du 27 avril 2004 dite Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (Communication de la Commission, 2004/C 101/07, JOCE du 27 avril 2004, p. 81) ; que ces lignes directrices énoncent trois critères, cumulatifs, de l'affectation du commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (a), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (b) et le caractère sensible de la possible affectation (c) ; qu'il faut aussi préciser que le champ des échanges entre Etats membres susceptibles d'être affectés n'est pas limité aux mouvements transfrontaliers des produits ou services concernés, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale ; a - Existence d'échanges entre les Etats membres portant sur les produits concernés par les pratiques : que dans le cas d'espèce, les pratiques affectaient un marché principal et deux marchés connexes qui étaient susceptibles d'être concernés par des échanges intra-communautaires : - d'abord, le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies nationales ou européennes dans le département français de la Réunion ; qu'en effet, les offreurs sont des entreprises multinationales dont les filiales en charge des appels d'offres ont leur siège dans différents pays de la Communauté, en particulier la France et le Royaume-Uni ; qu'ainsi, pour l'appel d'offres de 2002, trois des entreprises soumissionnaires avaient leur siège en Angleterre : les sociétés Exxon Mobil International (EMAIL) agissant pour Esso SAF, Chevron Texaco Aviation et Shell Aviation Ltd agissant pour le compte de Shell ; que par ailleurs, l'achat de carburéacteur est effectué à tour de rôle par la filiale de «trading» de l'une des compagnies pétrolières qui le revend ensuite aux autres compagnies et trois de celles-ci sont établies au Royaume-Uni ; que pour échapper à l'application du droit communautaire au titre du premier critère résumé dans les Lignes directrices, en invoquant l'exemple de lignes maritimes purement nationales, les requérantes auraient dû établir non pas seulement que les lignes exploitées étaient intérieures à la France, s'agissant des liaisons assurées entre le continent et l'île de la Réunion, mais aussi que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres ne pouvait être caractérisée par le seul fait que les usagers pouvaient être européens, et également la circonstance qu'aucun des opérateurs présents sur le marché n'était ressortissant de la Communauté ; - ensuite, sur le marché de l'approvisionnement, qui était bien visé dans la saisine et constituait, en toute hypothèse, un marché connexe à celui de la fourniture de carburéacteur ; - enfin, le marché connexe du transport des passagers français ou européens, vers ou au départ de la Réunion ; que ce marché est par nature un lieu d'échanges entre Etats membres dans la mesure

où les vols entre La Réunion et la Métropole concernent nécessairement tous les voyageurs de la Communauté européenne et pas seulement les passagers français ; que le marché du transport de passagers à destination de La Réunion était affecté par les pratiques dans la mesure où le coût du carburant retentissait directement sur le prix des billets d'avion ; que l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ; b – Affectation des échanges entre Etats membres : que la société Shell estime que le critère de l'implantation des entreprises en cause ou celui de la nationalité des passagers ne sont pas des critères pertinents ou déterminants en soi pour considérer que la condition relative aux effets sur le commerce des Etats membres est remplie ; que la même requérante doute que les pratiques incriminées aient pu affecter potentiellement l'activité économique transfrontalière d'Air France, puisque les passagers voyageant sur cette compagnie ne pouvaient concrètement pas être des ressortissants des autres Etats membres, sinon dans des proportions infimes ; mais que les pratiques d'ententes sont soumises au droit communautaire, même lorsqu'elles ne produisent leurs effets que sur le territoire d'un Etat membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d'exercer éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d'échanges entre Etats membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité ; que cette affectation peut n'être que potentielle, seulement susceptible d'affecter les échanges communautaires ; qu'en conséquence, l'appréciation de l'affectation des échanges peut résulter de plusieurs facteurs qui pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants ; ainsi, comme le relève la Décision critiquée, la nature de l'accord ou la pratique en cause, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, la position et l'importance des entreprises en cause ; qu'en l'espèce, les pratiques en cause étaient bien susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature et à la position des entreprises en cause ; que s'agissant de la nature de la pratique incriminée, elle relève du calcul de prix de revient du transport aérien et que les entreprises mises en cause déniaient vainement l'affectation directe du prix des billets d'avion supporté par le consommateur européen, dès lors que ce prix dépend directement de celui du carburéacteur, comme l'a souligné la Décision (§ 178) sans être valablement contredite ; que s'agissant de la position des entreprises en cause, il a déjà été exposé que les compagnies pétrolières relevaient de quatre groupes de dimension internationale, ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans des Etats membres de la Communauté ; que pour Air France en particulier, la destination de Saint-Denis de La Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la Communauté, ce qui signifie que l'activité transcommunautaire de cette compagnie aérienne est nécessairement ou au moins potentiellement affectée ; c – en ce qui concerne l'affectation sensible : que l'ensemble des entreprises requérantes soutiennent que le Conseil a retenu le critère du caractère sensible de l'affectation en procédant à une

interprétation erronée des lignes directrices ; que les pratiques n'ayant concerné que l'escale d'Air France à la Réunion et non la totalité du territoire français, l'accord est de nature locale ; dès lors, lui est applicable, non pas la présomption positive édictée par les Lignes directrices (point 53) retenue par le Conseil, mais le point 90 des Lignes directrices qui impose que la part du marché national à laquelle l'accès est interdit soit « importante » pour établir l'applicabilité du droit communautaire ; que cette condition n'est pas remplie en l'espèce, le volume des ventes affectées (carburéacteur vendu à Air France à La Réunion en 2002-2003) ne représentant que 1,24 % des ventes nationales (du volume global de carburéacteur vendu en France sur cette même période) ; qu'en toute hypothèse, pour l'application du point 53, ne devrait être pris en compte que le seul chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec la vente des produits concernés par les pratiques, c'est-à-dire le seul carburéacteur fourni à Air France en 2002-2003, (soit seulement 22 millions d'euros, voire, selon les sociétés du groupe Total, la concurrence ne portant que sur le différentiel qui ne représente qu'environ 25 % du prix total du produit, seulement un chiffre d'affaires, d'environ 5,5 millions d'euros) ; mais que les accords qui concernent un seuil de chiffre d'affaires des entreprises en cause supérieur à 40 millions d'euros sont présumés affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ; que la présomption disparaît lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un Etat membre ; que si cette présomption ne joue pas, les accords et pratiques affectent sensiblement le commerce intracommunautaire s'ils affectent le marché d'une manière significative, compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ; que, de manière plus détaillée, le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; qu'ainsi, l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause ; qu'en toute hypothèse, et au regard du critère de la position favorable des entreprises et de la nature des prestations fournies, la Décision critiquée était fondée à relever : - que les entreprises en cause étaient soit les «filiales aviation» de grands groupes pétroliers, soit des filiales locales chargées de vendre du kérosène dans la zone concernée ; que, bien que le marché soit de dimension locale, les compagnies pétrolières en cause sont des entreprises de taille mondiale et leurs pratiques d'entente horizontale sont susceptibles d'affecter d'autres entreprises pétrolières, également de taille mondiale, actives sur les marchés des carburéacteurs, et sur le territoire de la Communauté européenne ; - que le produit concerné était le carburéacteur et non pas le seul différentiel, qui est une composante du prix ; d- Rejet du moyen : que du tout, il résulte que le Conseil a fait la démonstration que la Cour adopte, qu'étaient réunis les trois éléments requis par les Lignes directrices pour établir que des pratiques sont susceptibles d'avoir affecté le commerce intracommunautaire

de façon sensible ; que le moyen contraire des requérantes sera rejeté » (cf. arrêt, p. 18 à 21) ;

Alors d'une part que l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE) et le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne sont applicables que si des échanges entre Etats membres sont affectés par la pratique en cause ; qu'ainsi que l'invoquait la société Esso SAF, la pratique litigieuse concernait un carburéacteur transporté entre le Moyen-Orient ou Singapour et l'île de La Réunion, de sorte qu'elle réalisait un échange entre un Etat européen et un Etat extérieur à l'Europe, peu important le lieu du siège social des entreprises participant à l'appel d'offres et n'affectait donc pas le commerce intracommunautaire ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Alors d'autre part que l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE) et le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne sont applicables que si le commerce intracommunautaire est affecté par la pratique en cause ; qu'à supposer que la pratique concerne une ligne aérienne interne à la France, il importe peu alors que les passagers voyageant entre la Métropole et le département français de La Réunion, puissent avoir la nationalité d'un autre Etat membre que la France ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Alors, en tout état de cause, que l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE) et le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 ne sont applicables que si la pratique affecte de manière sensible le commerce intracommunautaire ; que lorsqu'un accord interdit l'accès à un marché régional, l'affectation du commerce entre Etats membres n'est sensible que si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante ; qu'en l'espèce, la société Esso SAF faisait valoir que le marché de l'île de La Réunion en carburéacteur ne représentait que 1,24 % du marché national, de sorte que cette condition n'était pas remplie ; qu'en décidant toutefois que l'affectation du commerce intracommunautaire était sensible, sans rechercher, comme elle y était invitée, quelle était la part du marché de l'île de La Réunion en carburéacteur par rapport au marché national, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (plus subsidiaire)  
(Sur les visites domiciliaires pratiquées en Grande-Bretagne)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours de la société Esso SAF à l'encontre de la décision 08-D-30 du Conseil de la concurrence l'ayant condamné notamment à payer une amende de 10,7 millions d'euros,

Aux motifs qu'«est applicable l'article 22, paragraphe 1, du règlement CE n° 1/2003 du Conseil, en date du 16 décembre 2002, aux termes duquel : «une autorité de concurrence d'un Etat membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12», qui règle les modalités selon lesquelles peuvent être échangées entre autorités de concurrence les informations destinées à prouver d'éventuelles infractions aux articles 81 ou 82 du traité ; que le moyen visant à écarter l'application de ce texte en la cause sera rejeté, pour les motifs tirés de l'applicabilité du droit communautaire, exposés au paragraphe 2 ci-dessus ; que ce texte communautaire a par ailleurs été respecté par le Conseil et par l'OFT ; qu'en fait et d'abord, le rapporteur général du Conseil a adressé au directeur général de l'OFT une demande d'assistance, en date du 3 décembre 2004, fondée sur l'article 22-1° du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, expliquant les raisons pour lesquelles l'assistance de l'OFT semblait nécessaire, à savoir la présence au Royaume-Uni des sièges sociaux ou de l'activité vente de plusieurs entreprises concernées, et indiquant que les pratiques présumées pouvaient être qualifiées de pratiques concertées ou d'abus de position dominante collective au regard des articles 81 et 82 du traité CE en raison de leurs effets potentiels sur le commerce entre Etats membres ; qu'en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur général de l'OFT puisse se déterminer ; que ce faisant, le rapporteur général du Conseil n'a formellement violé aucune disposition en vigueur et a utilisé normalement les instruments du droit communautaire ; qu'en effet, les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification des griefs, et la faculté – prévue aux articles L.463-2 et L.463-7 du Code de commerce – qui leur est alors ouverte de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à décharge, de présenter des observations écrites sur les griefs puis sur le rapport, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil ; qu'en droit et ensuite, comme l'a indiqué la décision dans des termes que la Cour fait siens, les dispositions de l'article 22-1° du Règlement 1/2003 organisent, en ce qui concerne les inspections supposant l'emploi de moyens coercitifs, trois étapes qui relèvent d'un contrôle distinct : - la demande

d'assistance formulée par l'autorité qui souhaite en bénéficier ; - l'autorisation et le déroulement de l'inspection mise en oeuvre par l'autorité destinataire de la demande d'assistance ; - l'utilisation des informations obtenue par l'autorité pour le compte de laquelle l'inspection a été réalisée ; que la première et la troisième étape sont soumises au droit national applicable dans l'Etat du demandeur de l'assistance, sous le contrôle des juridictions compétentes de cet Etat, tandis que la deuxième est régie par le droit national applicable dans l'Etat destinataire de la demande d'assistance, sous le contrôle des juridictions compétente de cet autre Etat ; qu'en l'espèce, la demande d'assistance a été adressée le 4 décembre 2004 par le rapporteur général du Conseil de la concurrence au directeur général de l'Office of Fair Trading (OFT), autorité de concurrence du Royaume-Uni ; qu'elle tendait à la recherche de preuve en vue de démontrer une infraction à l'article 81 du traité susceptible d'avoir été commise en France par des entreprises dont le siège est au Royaume-Uni ; que cette demande a été acceptée le 12 avril 2005 par le directeur général de l'OFT, qui a procédé aux investigations dans les locaux des entreprises concernées (Chevron, Texaco UK et Chevron Texaco Global Aviation, Shell Aviation Limited, Exxon Mobil Aviation International Limited) ; que les circonstances, mentionnées par le rapporteur général dans sa demande d'assistance, que les pratiques étaient susceptibles d'avoir un impact sur des entreprises européennes concurrentes de celles mises en cause (comme BP) ou que d'autres compagnies aériennes qu'Air France desservant également la Réunion effectuaient des vols vers des villes européennes, en particulier italiennes, relèvent de l'appréciation portée sur l'applicabilité, en l'espèce, du droit communautaire ; que le caractère exagéré des craintes du rapporteur général, à ce stade débutant de la procédure, ne relève pas d'une «déloyauté», ce dont les entreprises requérantes soupçonnent avec beaucoup de légèreté le service instructeur du Conseil ; qu'en tout état de cause, il ne saurait remettre en question les conditions dans lesquelles et les motifs pour lesquels l'OFT a été saisi, puisque, comme énoncé au paragraphe 2 cidessus, l'affectation du commerce intracommunautaire était acquise ; qu'il sera aussi fait observer que le directeur général de l'OFT a, par un écrit du 12 avril 2005, autorisé des membres du personnel de cette autorité à pénétrer dans les locaux de la société Shell Aviation à Londres afin d'y exercer les pouvoirs conférés par l'article 65F de la loi (britannique) sur la concurrence, en sorte qu'il nécessairement exercer une appréciation de fait et de droit sur la demande de son homologue français ; que c'est donc à tort que les sociétés du groupe Total invoquent une violation du principe de coopération loyale entre les autorités membres du REC qui affecterait la validité de la demande adressées par le rapporteur général du Conseil de la concurrence au président de l'FC ; que par ailleurs, en ce qui concerne la présence des rapporteurs du Conseil lors des opérations, que toute contestation relative au déroulement des investigations menées au Royaume-Uni dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 22-1° du règlement 1/2003 ne pouvait être portée que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit anglais ;

qu'aucune des sociétés concernées par les investigations menées au Royaume-Uni n'a exercé un tel recours, l'affirmation selon laquelle ce juge britannique serait inaccessible et n'aurait qu'une compétence d'attribution limitée ne pouvant être proférée qu si l'une au moins des sociétés visitées avait tenté une action ; qu'en tout état de cause, les trois rapporteurs du Conseil, régulièrement désignés, n'ont fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles entraînent bien dans le cadre de l'enquête sollicitée sans exercer aucun des pouvoirs de la nature de ceux que leur confère l'article L.450-4 du Code de commerce ; que le procès-verbal de visite indique que la rapporteure française a pénétré dans les locaux aux fins d'identifier tout document à remettre à l'OFT pour les besoins de l'enquête, dans la limite et pendant le temps où les agents de l'OFT sont présents dans les locaux pour l'exercice de leur mission en vertu de l'article 65D de la loi applicable à une enquête ; que leur présence a été acceptée par les entreprises visitées, comme le démontrent tant l'absence d'un quelconque recours devant le juge britanniques, ainsi qu'il a été dit, et comme en atteste le procès-verbal d'accord de pénétrer dans des locaux, terminé par l'affirmation que la visite a eu lieu « harmonieusement », et signé par le représentant de l'OFT, la représentante de la société Chevron et Mme Wibaux, rapporteure du Conseil de la concurrence le 14 avril 2005 ; qu'en ce qui concerne l'absence d'autorisation judiciaire et le bénéfice des «garanties équivalentes», que l'article 22-1° du règlement précité prévoit que les mesures d'enquête exécutées sur le fondement de ce texte le sont «en application» du droit national de l'autorité exécutante ; qu'en droit anglais, coexistent deux types d'enquêtes incluant des visites dans des locaux professionnels, l'une supposant un mandat de perquisition (warrant) délivré par un juge (article 65G du Competition Act), l'autre ne nécessitant pas un tel mandat (article 65 F du Competition Act) ; qu'en l'espèce, c'est la seconde procédure qui a été mise en oeuvre par l'OFT comme l'attestent notamment la mention « Notice of entry of business premises without a warrant under section 65F of the Competition Act 1998 » figurant sur les courriers adressés aux entreprises pour les informer des visites à venir dans leurs locaux ; que l'absence d'autorisation judiciaire ne saurait, par conséquent, être constitutive d'une irrégularité ; qu'en toute hypothèse, et en supposant que les garanties du droit anglais ne soient pas équivalentes à celles du droit français, l'article 12,3°, du Règlement CE/2003 déjà cité énonce que les informations transmises d'ANC à ANC ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire ; que dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté ; que la protection qui est assurée par ces dispositions vise

expressément et exclusivement les personnes physiques ; que par surcroît, et comme il a été dit, les documents ont été transmis volontairement aux enquêteurs, avec le plein accord des entreprises, conformément à la procédure du Competition Act choisie qui n'était pas coercitive» (cf. arrêt, p. 22 à 24),

Alors d'une part que les visites domiciliaires constituent une atteinte à l'inviolabilité du domicile et la décision d'y recourir doit par conséquent être assortie des garanties adéquates, tel le contrôle préalable de l'autorité judiciaire, chargée de la sauvegarde de la liberté individuelle ; que si l'article 22, paragraphe 1, du Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 prévoit qu'une autorité de concurrence d'un Etat membre peut demander à une autre d'exécuter en son nom et pour son compte une mesure d'enquête sur son territoire, le rapporteur qui estime devoir recourir à cette mesure d'assistance n'en doit pas moins demander préalablement l'autorisation de le faire au juge français ; que dès lors, la cour d'appel, qui a en l'espèce reconnu que la demande d'assistance était soumise au droit national de l'Etat demandeur de l'assistance, ne pouvait juger régulière la mise en oeuvre de cette mesure qu'aucun juge n'avait autorisée sans violer le texte susvisé ;

Alors d'autre part, en tout état de cause que l'article 22 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 dispose que les enquêtes demandées à l'autorité de concurrence étrangère se font «en application de son droit national », mais « au nom et pour le compte» de l'autorité demanderesse d'assistance ; qu'il en résulte qu'une enquête réalisée au nom et pour le compte de l'Autorité française ne peut valablement produire ses effets en France si elle méconnaît les principes fondamentaux du droit de l'Etat requérant ; que tel est le cas en l'espèce de l'enquête effectuée par l'Autorité anglaise sans autorisation judiciaire ; qu' en refusant de contrôler si le droit anglais permettant des visites domiciliaires sans autorisation judiciaire ne heurtait pas l'ordre public français, l'enquête effectuée en Angleterre l'étant au nom et pour le compte du Conseil français de la concurrence, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire par rapport aux deux premiers)

(Sur les indices d'entente)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours contre la décision n° 08-D- 30 du Conseil de la concurrence qui a condamné la société Esso SAF notamment au paiement d'une amende de 10,7 millions d'euros,

Aux motifs que «le comportement d'entente est constitué dès lors que des entreprises ont librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de

restreinte ou de fausser le jeu de la concurrence ; que le comportement du cocontractant, qu'il soit distributeur, acheteur ou donneur d'ordre, n'est par conséquent pas exonératoire, chaque entreprise conservant la responsabilité de répondre à une sollicitation manifestement illicite dans son objet ou dans ses effets ; qu'autrement dit, à supposer qu'Air France ait effectivement laissé filtrer quelques informations au cours du processus de mise en concurrence des offres et ait ainsi permis aux entreprises de faire en sorte de ne pas dépasser globalement cent pour cent des besoins de l'acheteur, cet élément de fait ne saurait constituer une provocation mais tout au plus une cause d'atténuation de la sanction, examinée à ce titre plus loin (parag. 5-d) ; que dès lors le moyen sera rejeté (...) ; que, sur les échanges habituels d'informations entre les entreprises mises en cause les deux GIE dont l'existence a été signalée plus haut, sont un lieu de réunion des fournisseurs de carburateurs pour l'aéroport de St-Denis de La Réunion et permet à chacun de ces fournisseurs de connaître sa part de marché sur l'escale et celle de ses concurrents, en temps réel ; que, pour n'avoir rien d'illicite, ces échanges ne sauraient être déniés ou minimisés par les entreprises mises en cause ; que, comme le relève le Conseil dans sa Décision, dans une analyse que la cour reprend à son compte, le document coté 544 saisi dans les locaux de la société Shell SPS présente, pour le mois de novembre 2002, les parts de marché (en temps réel) de chaque compagnie pétrolière sur l'escale ; qu'un courrier le Mme Dorothee C..., gestionnaire des approvisionnements au sein des GIE, daté du 26 juin 2001, a été saisi chez Exxon Mobil, au siège d'EMAIL, c'est-à-dire la division aviation à Londres, qui négocie les appels d'offres et n'a théoriquement pas de contact avec Esso SAF à La Réunion ; que ce courriel était simultanément adressé à Total Réunion et à Shell SPS ; qu'il confirme que chacune des compagnies connaît les parts de marché des autres compagnies pétrolières : «depuis que nous avons reçu le fax du 15/06/01 d'Anne Marie D.. , nous demandons de ne plus livrer à crédit AOM (cette compagnie n'a pas de cash disponible localement) aucun plein n'a été fait pour votre compte. Qu'en est-il de la surveillance judiciaire ? Car avec les instructions que vous m'avez données, je suis dans l'incapacité de respecter vos parts de marché, au fil des jours je m'en éloigne. Maintenezvous vos positions ? Veuillez noter les % réalisés au 20/06/01 à 5 h 45 et les % prévus au dimanche 24/06/01» ; qu'un autre document (coté 378) saisi chez Air Total International (à Paris) montre également que la société du groupe Total qui s'occupe de répondre aux appels d'offres d'Air France, connaissait exactement les volumes vendus jusqu'à fin septembre 2002 par les compagnies pétrolières concurrentes, sur différentes escales, ainsi que les estimations des volumes vendus pour l'année ; que de surcroît, sur ce document figure, de façon manuscrite, la part de marché d'Air France pour Total sur chacune de ces escales ; qu'en somme, la défense des entreprises en cause consistant à dénier le contenu ou la portée de leurs échanges habituels d'informations, et donc la première condition d'une action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la

concurrence, n'apparaît pas fondée ; que, sur les échanges d'informations pour le marché litigieux, la preuve de l'action concertée ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, résulte tant d'indices relevés dans les caractéristiques du marché de 2002, que du parallélisme des comportements des entreprises mises en cause et de preuves matérielles de leur entente ; que le premier indice du caractère anormal de l'appel d'offres de 2002 résulte de ce que la somme cumulée des volumes pour lesquels les quatre compagnies pétrolières ont soumissionné correspond exactement (100 %) aux besoins appelés ; que s'agissant d'un simple indice, sa vraisemblance statistique n'est pas nécessaire, au rebours de ce qu'exigent les entreprises mises en cause ; qu'un deuxième indice de concertation se situe à l'issue du deuxième tour de l'appel d'offres, alors que le ratio de couverture est toujours de 100 % ce qui implique que l'acheteur (en l'espèce Air France) n'avait pas d'autre choix que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies pétrolières s'il voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant, ainsi qu'il a été dit dans l'exposé des faits par la cour ; que, s'agissant du parallélisme de comportement, le fait d'avoir unanimement proposé des prix en hausse pour la première enchère de 2002, d'avoir non moins unanimement maintenu ces prix élevés pendant les tours d'enchères de 2002, d'avoir ensemble limité les offres en volume de manière à se positionner comme fournisseur incontournable d'Air France et de ne pas avoir, ni isolément ni d'accord, modifié les offres en volume pendant tout l'appel d'offres, est constitutif d'un élément dont les entreprises mises en cause ne proposent pas d'explication plausible ; que de manière détaillée le Conseil était fondé à relever à ce sujet, dans une analyse que la Cour reprend à son compte : - S'agissant de l'augmentation des prix lors de la première enchère de 2002, que l'augmentation du différentiel entre l'année 2002 et l'année 2001 se situe à 14,7 % pour Shell SPS, à 26,5 % pour Chevron, à 25,8 % ou 20,9 % pour Total et à 33,3 % pour Exxon Mobil ; que les offres du premier tour pour l'appel d'offres de 2002 ont été en augmentation sensible par rapport aux résultats de l'appel d'offres de 2001 (paragraphe 409 et 410 de la décision) ; - S'agissant du maintien de prix élevé tout au long de l'appel d'offres le Conseil a pu relever qu'une fois le premier tour d'enchères passé, les pétroliers n'ont consenti que de faibles baisses de différentiel allant de 2 à 3 % ; - S'agissant d'une limitation des offres en volume, au premier tour de l'appel d'offres, le Conseil a pu constater que les compagnies pétrolières avaient soumissionné pour un total de 100 % du marché ce qui était une situation totalement inédite dans la mesure où dans les négociations précédentes Air France disposait toujours d'une certaine marge de manoeuvre grâce à des taux compris entre 150 et 180 % du volume appelé ; - S'agissant de la rigidité des volumes pendant l'appel d'offres le Conseil a pu constater un maintien à l'identique des offres de volume entre le premier tour et le deuxième tour et ce n'est qu'en toute fin d'appel d'offres que les pétroliers ont consenti à modifier leurs offres en volume dans des proportions négligeables ; que chaque compagnie a choisi lors de l'appel d'offres de 2002, contrairement à ce

qui a été observé au cours des années précédentes, une stratégie identique sur les volumes offerts consistant à restreindre les parts de marché et à supprimer toute option afin de pouvoir augmenter les prix (paragraphe 397 et 408) (cf. arrêt, p. 26 à 28) ;

Alors d'une part que un échange d'information n'est illicite et ne peut constituer l'un des éléments d'une entente prohibée qu'à la condition que les informations échangées présentent un caractère confidentiel ; qu'en se dispensant de rechercher, comme elle y était invitée, si les entreprises ne connaissaient pas les parts de marché les unes des autres, parce qu'Air France, leur client, les leur avait communiquées, ce qui était exclusif de l'entente, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE) ;

Alors d'autre part qu'en retenant que le parallélisme de comportements constituait l'indice d'une entente illicite parce que les parties ne proposaient pas d'explication plausible, sans rechercher comme elle y était invitée par la société Esso SAF si l'augmentation de son prix lors du premier tour n'était pas due à une augmentation de ses coûts, et si son prix n'avait pas été à la baisse au dernier tour de l'appel d'offres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE)

SIXIEME MOYEN DE CASSATION (plus subsidiaire)  
(Sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours contre la décision 08-D-30 du Conseil de la concurrence ayant condamné la société Esso SAF notamment à payer 10,7 millions d'amende,

Aux motifs que «les sociétés requérantes contestent la gravité des pratiques, mettant en avant, outre la taille réduite du marché affecté, la durée limitée des pratiques et la subsistance d'une concurrence réelle entre les compagnies pétrolière ; qu'elles contestent également l'importance du dommage ainsi causé à l'économie ; que sur ce point, il est soutenu, notamment, que les amendes infligées ne tiennent pas ou insuffisamment compte de la taille réduite du marché affecté – s'agissant tant de sa dimension locale (Réunion) que de sa valeur (faible part représentée par le différentiel sur le coût de l'approvisionnement en carburéacteur) ou de l'existence d'un seul client concerné (Air France) -, de la puissance d'achat d'Air France et de son rôle dans la commission des pratiques ; qu'il est également reproché au Conseil d'avoir méconnu l'effet très limité de la pratique sur les conditions de

concurrence sur le marché considéré et sur le surcoût payé par Air France ou sur le prix du billet payé par le consommateur ; que Shell SPS fait valoir qu'au regard de la valeur des ventes affectées, les amendes prononcées sont « quasiment trois fois supérieures » à celles que le Conseil aurait prononcées s'il avait fait application des lignes directrices de la Commission ; que les sociétés Total font encore valoir que le comportement d'Air France a été tel que les sanctions doivent être largement minorées ; qu'en outre, s'agissant des éléments individuels, que les sociétés Chevron et Total Outre Mer contestent leur sanction en invoquant des problèmes touchant à l'imputabilité des pratiques, précisément Chevron arguant de ce que sa sanction de 10 millions d'euros a été fixée en prenant apparemment en compte une part de responsabilité de la filiale locale Chevron Réunion qui n'a pas été partie à la procédure et Total Outre Mer soutenant que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation en sanctionnant deux fois les pratiques reprochées aux deux sociétés du groupe alors qu'elle-même n'est jamais intervenue dans les négociations avec Air France et n'a jamais exercé aucune fourniture de carburateur à la Réunion ; que par surcroît, les sociétés Total s'étonnent d'assumer plus de treize pour cent de la somme des sanctions, alors que telle était leur part de marché, l'argument étant repris sous une autre forme par la société Esso SAF ; qu'enfin, Total Réunion conteste la circonstance de réitération dans la mesure où la sanction infligée à Total Réunion Comores prononcée par décision du 19 octobre 1993 concernait une pratique qui n'avait ni le même objet, ni les mêmes effets anticoncurrentiels que celle qui a donné lieu à la sanction critiquée ; qu'elle ajoute que l'ancienneté de cette décision doit, en tout état de cause, être prise en compte ; que comme Esso SAF, elle soutient également que sa situation a été appréciée de façon erronée au regard du profit qu'elle aurait retiré des pratiques ; que ladite société Esso SAF reproche au Conseil d'avoir calculé le plafond de sa sanction par référence au chiffre d'affaires consolidé du groupe Exxon Mobil dans son ensemble, c'est-à-dire par référence au chiffre d'affaires consolidé figurant dans les comptes de la société Exxon Mobil Corporation, holding à laquelle le Conseil estime pourtant que la pratique n'est pas imputable ; qu'elle estime qu'ainsi, dès lors que son autonomie a été reconnue par rapport à la société mère Exxon Mobil Corporation, le Conseil a méconnu la volonté du législateur, lors de la modification du I de l'article L.464-2 par la loi NRE, et, en outre, adopté une position contraire au droit communautaire ; mais que l'article L.464-2-I, alinéa 3, du Code de commerce prescrit à l'Autorité et, à sa suite, à la Cour d'appel de PARIS, de proportionner les sanctions à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ; que les sanctions doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ; qu'ainsi, doivent être abordées liminairement les questions que soulèvent les requérantes mais qui ne sont pas incluses dans les prévisions de la loi : - le marché pris en considération pour évaluer la gravité des comportements et le

dommage à l'économie : que le marché pris en considération par la Décision a été défini à propos de l'applicabilité du droit communautaire (ci-dessus parag. 2-a) et mentionné à propos des preuves de l'entente (parag. 4- a) ; qu'il s'agit du marché principal de la vente de carburéacteur par des compagnies pétrolières nationales ou européennes dans le département français de La Réunion et des deux marchés connexes d'approvisionnement de transport de passagers français ou européens vers ou au départ de l'île de La Réunion ; que ce n'est que pour déterminer la gravité d'un comportement et le dommage qu'il a causé à l'économie, au sens des dispositions de l'article L.464-2 du Code de commerce, que le Conseil explicité la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause ; que s'agissant de la taille du marché de la fourniture de carburéacteur à Air France à La Réunion, le Conseil en a déterminé les caractéristiques et a notamment, sans être contredit, établi que le coût annuel pour l'acheteur s'établissait à 23 M€ et en notant que la valeur du différentiel, objet spécifique du marché, représentait environ un tiers de coût (§ 519) ; que les parties ne peuvent donc prétendre que le Conseil a méconnu la grandeur réelle du marché concerné ; qu'au demeurant, le produit concerné ne saurait être un « différentiel » et que l'objet du contrat entre les compagnies pétrolières et Air France (ainsi que les autres compagnies aériennes) est bien la fourniture du kérosène, qui comprend un index de référence et un différentiel ; que le Conseil a estimé encore, à juste titre, que la gravité des comportements et le dommage pouvaient être appréciés également sur le marché indirectement affecté de la livraison de kérosène sur l'escale de La Réunion, les compagnies pétrolières ayant reconnu, elles-mêmes, que l'intensité de la concurrence entre elles pour servir les compagnies Corsair, AOM, Air Austral ou Air Bourbon, était affectée par le résultat de l'appel d'offres d'Air France ; qu'en 2002, ce marché a représenté environ 50 millions d'euros, cette estimation se fondant sur la constatation que l'appel d'offres d'Air France en 2002 représentait 22 millions d'euros (§ 183) et celle que, cette même année, les livraisons de carburéacteur pour l'aéroport de Saint-Denis de La Réunion se sont élevées à environ 200.000 m<sup>3</sup>, Air France en consommant à elle seule % (soit 900.000 m<sup>3</sup>) (cf. § 15 de la notification de griefs) ; que du tout il résulte que les sanctions prononcées n'avaient pas à tenir compte des caractéristiques du marché considéré, en dehors de l'analyse faite de la gravité des comportements et de l'importance du dommage à l'économie ; - la référence à la pratique de la Commission : que la pratique répressive de la Commission européenne n'est pas un des critères énoncés par l'article L.464-2-I ; que dès lors le Conseil n'avait pas à se justifier de ce qu'à son avis, la Commission européenne, afin de donner à l'amende un caractère suffisamment dissuasif, aurait vraisemblablement, pour tenir compte du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise, appliqué un facteur multiplicateur au montant de base de l'amende devant être infligée à chaque compagnie pétrolière ; - la circonstance atténuante de la pratique anticoncurrentielle d'Air France : que la Cour a abordé la question de l'attitude d'Air France et l'effet des informations qu'elle

aurait données au paragraphe 4-c ci-dessus, pour indiquer que cette hypothèse ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire ; que, s'agissant de modérer les sanctions, que si Air France était en partie responsable de «fuites» d'informations, destinées à guider la conduite de ses cocontractants, voire à les pousser dans l'illicéité, cet élément de fait ne serait un facteur d'atténuation de la sévérité du Conseil que si les entreprises mises en cause étaient en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie aérienne ; que le mécanisme de l'entente, décrit précédemment, montre qu'il n'en était rien, Air France étant en situation de demandeur captif ; que s'agissant de la puissance d'achat d'Air France, inopérante en soi, elle doit en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquels appartiennent les entreprises en cause ; a – Sur la gravité des comportements : que la gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence. Il en résulte que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables ; qu'il en est ainsi notamment dans le cas d'ententes ou d'actions concertées qui empêchent de garantir la sincérité des appels d'offres, mécanismes pourtant mis en oeuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, parce que ces comportements altèrent l'indépendance des offres et éliminent la concurrence par les prix ; que si la durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction, la durée pertinente n'est toutefois pas la durée du déroulement de l'appel d'offres lui-même, mais la durée de son exécution pendant laquelle sont ressentis les effets sur le marché ; qu'en l'espèce, les pratiques anticoncurrentielles sont donc durées une année ; b – sur l'importance du dommage à l'économie : que le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie ; que du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché ; que, sur les éléments de fait qui caractérisent l'existence du dommage à l'économie, que les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs ; qu'en l'espèce, le Conseil était fondé à énoncer, dans des motifs que la Cour s'approprie : - qu'il n'est pas contestable que les quatre compagnies pétrolières en cause appartiennent aux groupes mondiaux qui sont les cinq majors du secteur ; qu'elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en oeuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché ; que sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes ont une faible sensibilité de la demande aux prix du kérosène, qui constitue une dépense inévitable pour assurer leur activité ; qu'au surplus, dans l'île de La Réunion, la demande émane d'une clientèle captive puisque la Compagnie Air France

et les autres compagnies aériennes ne peuvent pas s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de La Réunion, donc auprès des compagnies pétrolières membres du GIE ; - que le consommateur est directement affecté par les pratiques puisqu'ainsi qu'il a été dit précédemment, dans le transport aérien, le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix initial du billet ; - que de ces cinq points de vue, le dommage à l'économie est important ; que, maintenant, pour répondre complètement aux arguments articulés par les entreprises requérantes à propos du dommage à l'économie, le dommage à l'économie visé par les dispositions de l'article L.464-2 alinéa 3 du Code de commerce, ne se réduit pas au préjudice subi par la victime directe de l'entente, en l'espèce Air France ; qu'il s'apprécie aussi en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause, et de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; que de même, le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée, mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif « importance » de ce dommage utilisé par le législateur ; que dès lors, l'argumentation de Shell SPS selon laquelle le dommage causé à l'économie correspondrait au surprofit réalisé par les compagnies pétrolières, que la requérante évalue à 1.134.900 €, de sorte que l'amende à elle infligée correspondrait à plus de 9 fois le dommage à l'économie résultat de la pratique ne peut prospérer, non plus que la thèse selon laquelle le dommage à l'économie serait nul ; c- Sur les éléments d'individualisation des sanctions pour chaque entreprise : \*Sur l'imputabilité des comportements anticoncurrentiels : qu'en ce qui concerne la société Chevron, que la Décision examinée dans le présent arrêt est celle qui a été officiellement notifiée aux entreprises conformément à l'article R.464-8 du Code de commerce, et qui prévoit, en ce qui concerne « la société Chevron Products Company, venant aux droits de Chevron Global Aviation » une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros ; qu'en ce qui concerne les sociétés du groupe Total, les éléments du dossier (§ 312 à 341) établissaient que l'intervention de la société Total Outre Mer dans le déroulement de l'appel d'offres, celle-ci ayant notamment servi de contact avec les sociétés concurrentes et joué un rôle dans la préparation des réponses aux appels d'offres de Total Réunion ; que, dès lors, le Conseil était fondé à estimer que la responsabilité de la société Total Outre Mer devait être retenue, concomitamment à celle de la société Total Réunion ; qu'il a pu aussi valablement estimer que l'implication des deux sociétés devait le conduire à partager également entre elles, avant la prise en compte de la réitération concernant la société Total Réunion, la sanction pécuniaire devant s'appliquer au « Groupe Total » (§ 528) ; \*Sur la situation individuelle par entreprise (ordre alphabétique) : qu'il sera rappelé, de manière liminaire, que la part du marché de chaque compagnie pétrolière a été de 13 % pour les sociétés du groupe Total, 25 % pour celles du groupe Chevron Texaco, 30 % pour celles du groupe Shell, et 32 % pour celles du groupe Exxon Mobil ; qu'en ce qui

concerne les sociétés du groupe Chevron Texaco, les comptes de la division Aviation sont consolidés au sein de ceux du groupe Chevron USA Inc qui a réalisé au cours de l'exercice 2007, un chiffre d'affaires de 153 milliards de dollars américains ; que le plafond de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à la division Aviation de Chevron Global Aviation est donc de 15,4 milliards de dollars, soit environ 10 milliards d'euros ; que le chiffre d'affaires de la division « Aviation » du groupe Chevron s'est élevé à 10 ;3 milliards d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007 ; que dès lors la sanction pécuniaire de 10 milliards d'euros infligée à Chevron Products Company venant aux droits de Chevron Global Aviation apparaît justifiée et motivée ; qu'en ce qui concerne les sociétés du groupe Exxon Mobil et d'une part sur le chiffre d'affaires à prendre en compte pour la détermination de la sanction applicable à la société Esso SAF, la détermination du plafond des sanctions applicables par le Conseil est soumise au respect des seuls critères fixés par le droit national, en l'occurrence par le I de l'article L.464-2 du Code de commerce ; que le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre ; que, si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ; qu'en l'espèce, le Conseil a relevé que les comptes de la société Esso SAF étaient consolidés au sein de ceux du groupe Exxon Mobil, que le plafond de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à la société Esso SAF représentait 10 % du chiffre d'affaires le plus élevé réalisé en 2007 par le groupe, soit environ 29 milliards d'euros ; que le raisonnement contraire de la société Esso SAF repose sur une analyse de son autonomie, qui est déterminante de la personne morale qui sera sanctionnée mais n'empêche nullement de chiffrer cette sanction par référence au chiffre du groupe ; que, d'autre part, sur le montant de la sanction contre Esso SAF, les comptes de la société Esso SAF sont consolidés au sein de ceux du groupe Exxon Mobil qui a réalisé au cours de l'exercice 2007, un chiffre d'affaires de 404 milliards de dollars américains ; que le plafond de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à la société Esso SAF est donc de 40,4 milliards de dollars, soit environ 27 milliards d'euros ; que le chiffre d'affaires de la société Esso SAF s'est élevé à 10,8 milliards d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007 ; qu'au vu de ces éléments particuliers et des des éléments généraux relevés ci-dessus, la sanction pécuniaire de 10,7 millions d'euros infligée à Esso SAF apparaît justifiée et motivée ; qu'enfin, en soutenant qu'il est « paradoxal » de tenir compte du profit réalisé par chaque société au prorata des volumes offerts quand il est précisément reproché aux compagnies pétrolières de s'être entendues sur une limitation des volumes, la société Esso SAF remet en cause implicitement les sanctions infligées aux autres entreprises, alors qu'une société sanctionnée ne peut exiger que l'application

des principes et critères prévus par les textes relatifs à la détermination des sanctions et, en aucun cas, contester sa sanction au motif qu'elle serait discriminatoire par rapport à celle infligée à une autre (Cour de cassation 23 avril 2003 Interflora) ; que, en ce qui concerne les sociétés du groupe Shell, les comptes de la société Shell SPS sont consolidés au sein de ceux du groupe Shell, qui a réalisé un chiffre d'affaires de 355 milliards de dollars américains au cours de l'exercice 2007 ; que le plafond de la sanction susceptible d'être infligée à la société Shell SPS est donc de 35,6 milliards de dollars, soit environ 23 milliards d'euros ; que le chiffre d'affaires de la société Shell SPS s'est élevé à 7,2 milliards d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007 ; que dès lors la sanction pécuniaire de 10,5 millions d'euros infligée à Shell SPS apparaît justifiée et motivée ; qu'en ce qui concerne les sociétés du groupe Total, le Conseil a d'abord retenu une situation de réitération contre la société Total Réunion ; que la société Total Réunion Comores, à laquelle a succédé la société Total Réunion, a été sanctionnée par décision du Conseil de la concurrence du 19 octobre 1993, pour des pratiques d'entente mises en oeuvre par les sociétés Elf Antar France et Total Réunion Comores sur le marché de la distribution du carburéacteur dans le département de La Réunion ; que la seule circonstance alléguée par Total Réunion, que la structure du marché et ses propres parts de marché ont évolué entre les deux épisodes infractionnels ne peut pas conduire à considérer que les pratiques seraient différentes par leur objet ou leur effet anticoncurrentiel ; que, par conséquent, la réitération a pu être retenue valablement par le Conseil ; que, sur le montant de la sanction conte les sociétés Total, le Conseil a pu établir que les comptes des sociétés Total Réunion et Total Outre Mer sont consolidés au sein de ceux du groupe Total, qui a réalisé au cours de l'exercice 2007 un chiffre d'affaires de 158 milliards d'euros ; que le plafond des sanctions susceptibles d'être infligées aux sociétés du groupe Total est donc de 15,8 milliards d'euros ; qu'au sein de ce groupe, la société Total Réunion a réalisé, au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2007, un chiffre d'affaires de 172 millions d'euros alors que celui de la société Total Outre Mer s'est élevé à 2,67 milliards d'euros pour le même exercice ; que, compte tenu de l'implication de ces deux sociétés du groupe Total dont la responsabilité conjointe dans la mise en oeuvre des pratiques est expliquée aux paragraphes 499 à 502 de la Décision, le Conseil a pu estimer, dans des motifs que la Cour approuve, que la sanction pécuniaire devant s'appliquer aux sociétés du groupe Total devait être partagée également entre Total Réunion et Total Outre Mer, avant prise en compte de la réitération de Total Réunion ; que dès lors la sanction pécuniaire de 4,4 millions d'euros prononcée contre Total Outre Mer et la sanction de 5,5 millions d'euros prononcée contre Total Réunion apparaissent justifiées et motivées ; que si les sociétés Total relèvent que ces sanctions ne sont pas à proportion de celles infligées aux autres entreprises, il faut rappeler qu'une société sanctionnée ne peut exiger que l'application des principes et critères prévus par les textes relatifs à la détermination des sanctions et, en aucun cas, contester sa sanction au motif

qu'elle serait discriminatoire par rapport à celle infligée à une autre (Cour de cassation, 23 avril 2003, Interflora) ; que du tout il s'évince que le montant des sanctions prononcées doit être confirmé par la Cour» (cf. arrêt, p. 29 à 34),

Alors d'une part qu'en vertu de l'article L. 464-2 I, alinéa 3, du code de commerce, les sanctions doivent être proportionnées à l'importance du dommage causé à l'économie ; que ledit dommage dépend de la taille du marché affecté ; qu'en l'espèce, la société Esso SAF avait démontré que le dommage à l'économie, à supposer qu'il existe, était très faible, compte tenu de la dimension très réduite du marché, lié à un aéroport local sur une île de 2.512 km<sup>2</sup>, et à un opérateur à approvisionner, en l'occurrence Air France ; qu'en décidant que le dommage à l'économie était important, sans rechercher si le caractère insulaire et réduit du marché n'était pas de nature à conduire à la conclusion contraire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article susvisé ;

Alors d'autre part qu'en vertu de l'article L. 464-2 I du code de commerce, l'Autorité de concurrence ne doit se fonder sur le chiffre d'affaires consolidé du groupe que si l'appartenance au groupe a joué un rôle significatif dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel de la filiale ; qu'il n'en est pas ainsi si la filiale a déterminé de manière autonome son comportement sur le marché ; qu'en l'espèce, en refusant d'examiner si l'existence du groupe avait joué un rôle significatif dans le comportement anticoncurrentiel sanctionné, la cour d'appel, qui a néanmoins retenu comme plafond le chiffre d'affaires consolidé du groupe, a privé sa décision de base légale au regard de l'article susvisé, ensemble l'article 81 § 1er du traité CE (devenu 101 § 1er du TFUE).