

COUR DE CASSATION

Audience publique du **30 mai 2012**

Non-admission

M. ESPEL, président

Décision n° 10220 F

Pourvoi n° C 11-12.926

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par la société AP Moller Maersk A/S,
société à responsabilité limitée de droit danois, dont le siège est 50
Esplanaden, 1098 Copenhague K - (Danemark),

contre l'arrêt rendu le 20 janvier 2011 par la cour d'appel de Paris
(pôle 5 - chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Perrigault, société anonyme, dont le siège est
10 rue du Point du Jour, 61200 Argentan,

2°/ à la société Terminal porte Océane (TPO), société
anonyme, dont le siège est 32 rue de Colmar, 76000 Le Havre,

3°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, domicilié D.G.C.C.R.F, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

4°/ à l'Autorité de la concurrence, dont le siège est 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

défendeurs à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 3 mai 2012, où étaient présents : M. Espel, président, M. Jenny, conseiller rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, M. Carre-Pierrat, avocat général, M. Graveline, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société AP Moller Maersk A/S, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Perrigault et Terminal porte Océane, de Me Ricard, avocat du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de l'Autorité de la concurrence ;

Sur le rapport de M. Jenny, conseiller, l'avis de M. Carre-Pierrat, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

DECLARE non admis le pourvoi ;

Condamne la société AP Moller Maersk A/S aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer, d'une part, aux sociétés Perrigault et Terminal porte Océane la somme globale de 2 500 euros et, d'autre part, au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi la somme de 2 500 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trente mai deux mille douze.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils pour la société AP Moller Maersk A/S.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir débouté la société A.P. Møller Maersk A/S de sa demande de nullité du recours formé par TPO contre la décision de l'Autorité de la concurrence,

Aux motifs que « considérant que ce recours est exercé en vertu de la déclaration de recours déposée au greffe le 27 mai 2010 «au nom de la société TPO représentée par son président, Monsieur Christian de Tinguy » ; que l'article 20 des statuts de la société TPO, intitulé «Direction générale», stipule que «Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social, sous réserve des pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées générales et au conseil d'administration et des opérations suivantes qui devront faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration: [...] l'introduction de toute action en justice autre que celle pour laquelle une contrainte de temps empêcherait l'obtention d'un accord préalable du conseil d'administration (...) » ; que APMM demande à la cour de constater la nullité du recours formé par TPO, d'une part, en raison du défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration précisément prévue par l'article 20 de ses statuts et d'autre part, du défaut d'urgence propre à justifier que le P D G de TPO pouvait se dispenser d'une telle autorisation ; qu'elle soutient, dès lors, que le défaut de pouvoir du dirigeant de TPO entraîne la nullité de fond du recours en application des dispositions de l'article 117 du code de procédure civile, tout en faisant observer qu'elle était en droit de se prévaloir des limitations statutaires de pouvoir du PDG de TPO; que l'exercice par le président de TPO d'une voie recours prévue par la loi contre la décision de l'Autorité en ce qu'elle a déclaré que cette entreprise a enfreint les dispositions des articles L. 420-1 et 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE au titre du grief d'entente de partage de clientèle et lui a infligé, de ce chef, une sanction pécuniaire de 105000 euros ne constitue pas l'introduction d'une action en justice ; que, dès lors le recours exercé selon la déclaration de recours déposée au greffe le 27 mai 2010 au nom de la société TPO représentée par son président, sans l'autorisation expresse du conseil d'administration visée par l'article 20 des statuts n'est entaché d'aucune irrégularité ; qu'au demeurant, TPO est fondée à objecter que quand bien même cet accord aurait été requis, l'urgence qui s'attachait à interjeter appel de la décision de l'Autorité constituait sans nul doute la «contrainte de temps» envisagée par l'article 20 des statuts ; que le moyen doit être écarté » (arrêt p. 8 et 9) ;

Alors d'une part, que le défaut de pouvoir de celui déclarant agir au nom d'une personne morale constitue une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte ; qu'après avoir expressément constaté que l'article 20 des statuts de la société TPO prévoyait que devrait faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration « l'introduction [par le directeur général] de toute action en justice autre que celle pour laquelle une contrainte de temps empêcherait l'obtention d'un accord préalable du conseil d'administration », ce dont il résultait que le président Christian de Tinguy, qui ne disposait pas de cette autorisation, était dépourvu de pouvoir pour exercer un recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence, et que sa déclaration de recours était, en conséquence entachée d'une cause de nullité, la cour d'appel qui a néanmoins considéré que le recours exercé dans ces conditions n'était entaché d'aucune irrégularité, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article 117 du code de procédure civile susvisé ;

Alors d'autre part, que l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci, afin que le juge la dise bien ou mal fondée ; que l'exercice d'une voie de recours consiste à introduire une action en justice devant la juridiction de recours devant laquelle est créée un nouveau lien juridique d'instance ; qu'en décidant néanmoins que l'exercice d'un recours devant la cour d'appel contre la décision de l'Autorité de la concurrence ne correspondait pas à l'introduction d'une action en justice, la cour d'appel a violé l'article 30 du code de procédure civile ;

Alors enfin, que la cour d'appel a constaté que l'article 20 des statuts de la société TPO dispensait d'autorisation préalable du conseil d'administration l'introduction d'une action en justice « pour laquelle une contrainte de temps empêcherait l'obtention d'un accord préalable du conseil d'administration » ; que dans son mémoire devant la cour d'appel, la société A.P. Møller Maersk A/S faisait valoir qu'un conseil d'administration réuni le 12 mai 2010, soit préalablement au recours, avait précisément inscrit à son ordre du jour la question du recours envisagé à l'encontre de la décision de l'Autorité de la concurrence, et que cette motion avait reçu l'opposition de la moitié des administrateurs, de sorte qu'elle avait été rejetée ; qu'en justifiant par l'urgence la régularité de l'exercice de la voie de recours exercée le 27 mai 2010 sans autorisation du conseil d'administration, sans rechercher si le caractère précisément préalable au recours de la réunion du conseil d'administration du 12 mai 2010 et l'opposition qui en était résultée, n'étaient pas de nature à interdire et, a fortiori, à priver de tout caractère d'urgence, la démarche dont le président de la société TPO avait pris l'initiative au mépris de l'opposition de l'organe dont il était supposé tenir le pouvoir, la cour d'appel a entaché sa décision d'un manque de base légale au regard de l'article 117 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir réformé la décision n° 10D13 rendue par l'Autorité de la concurrence le 15 avril 2010, et, statuant à nouveau, d'avoir dit qu'il n'est pas établi que la société Perrigault et la société TPO ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, au titre du grief d'entente de partage de clientèle,

Aux motifs que « considérant que la clause de non-concurrence prévue par l'article 4.3 du Memorandum of Agreement (M O A) conclu le 18 mai 2004 entre la société A P MM et la société PERRIGAULT est ainsi libellée: «En dehors du groupe A P M Maersk, toute démarche de [devenue TPO] auprès d'une compagnie maritime/ consortium devra au préalable être approuvée par le conseil d'administration, sans qu'une notion de conflit d'intérêt ne puisse être invoquée et sans que les parties ne puissent refuser leur accord de manière non justifiée ou abusive. Néanmoins, à tout moment, les Parties entendent ne pas s'intéresser à la clientèle des terminaux opérés au Havre par PERRIGAULT référencée sur les douze derniers mois. Il en est de même de la part de PERRIGAULT visàvis de la clientèle de OP S [devenue TPO]. L'objectif est de transférer tous les volumes du groupe APM Maersk exploités à ce jour au Port du Havre sur Port 2000 y inclus le service V SA (vessel sharing agreement) dans lequel participe le groupe APM Maersk » ; qu'il est reproché à PERRIGAULT et à TPO, au titre du premier grief tiré de l'existence d'une entente de partage de clientèle, de s'être entendues afin de restreindre l'activité commerciale de TPO au traitement des seuls conteneurs apportés par APMM, à l'exclusion de ceux provenant de clients tiers, cette pratique résultant d'une application extensive de la clause de nonconcurrence ainsi que du recours systématique à TPO comme soustraitant de PERRIGAULT et ayant pour objectif d'interdire à l'entreprise commune de concurrencer les autres terminaux du port du Havre ; que l'application extensive de la clause de non-concurrence reprochée à PERRIGAULT et à TPO résulte concrètement de ce que, dans trois cas VSA Grand Alliance représenté par NYK Ligne (octobre 2007/novembre 2007), l'Orient Overseas Container Line (octobre 2007/novembre 2007), et SAECs (octobre 2007/novembre 2007) TPO n'a pas donné suite à des demandes commerciales provenant d'armateurs qui n'étaient pas des clients de PERRIGAULT (points 75 à 88 de la décision) ; Que, par ailleurs, le recours systématique à TPO comme sous-traitant de PERRIGAULT, qui constitue le second élément du grief d'entente, serait, selon la décision déférée, mis en évidence par l'existence de lignes soustraitées par TPO pour le compte de T N (points 92 à 101 de avec, en particulier, le transfert à T P 0 des lignes T A 4 (décembre 2007) et de la ligne JEX (décembre 2007) (points 89 à 101 de la décision) ; que, concernant les principes applicables à la présente affaire, la prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est, comme l'énonce l'Autorité (points 242, 243 et de la décision) dont la décision n'est pas critiquée sur ce point, pas applicable aux accords passés entre des sociétés appartenant à un même groupe, dès lors que celles-ci ne disposent pas d'une réelle autonomie sur le marché ; Qu'en l'absence d'autonomie commerciale

et financière, ces sociétés forment en effet une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes et que les critères pris en compte pour déterminer si une société mère forme avec sa filiale une unité économique au sens du droit de la concurrence incluent l'importance de la participation financière de la société mère dans le capital de la filiale, l'existence d'organes de direction propres à la filiale et la possibilité pour ces organes de déterminer et mettre en oeuvre de manière autonome sur le marché une stratégie industrielle, financière et commerciale ; que, dans ces conditions, l'existence d'une autonomie commerciale et financière réelle d'une entreprise commune à l'égard de ses sociétés mères doit en effet être démontrée au regard de l'ensemble de ces critères; que, pour décider, au cas d'espèce, que le comportement adopté par TPO et PERRIGAULT est soumis aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, devenu 101 du T F U E, l'Autorité a notamment relevé, d'une part, que TPO et ses sociétés mères ont présenté l'entreprise commune comme une entité autonome sur le marché, l'ont dotée de moyens suffisants et d'une politique commerciale propre établissant son indépendance, et que TPO elle-même s'est comportée de manière autonome sur le marché (point 276 de la décision) et, d'autre part, que PERRIGAULT et TPO ont bien exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (point 288 de la décision) ; que, concernant en premier lieu l'autonomie de TPO à l'égard de PERRIGAULT, l'Autorité retient, tout d'abord, au sujet des modalités de participation des sociétés mères au capital de TPO et du rôle joué par le conseil d'administration (points 247 à 253 de la décision) ; « (...) Or, selon une pratique décisionnelle constante de la Commission européenne, une telle représentation paritaire implique qu'aucune des sociétés mères n'est en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune au sens du droit de la concurrence (voir décisions de la Commission européenne du 15 mai 1991, aff IV/32.186). En l'espèce, si le conseil d'administration de TPO est effectivement chargé d'approuver de manière préalable les démarches commerciales de l'entreprise commune, il exerce son pouvoir dans un cadre paritaire. (...) Il en résulte que, contrairement à ce que soutiennent les parties, dans les faits, aucune des deux sociétés mères n'est en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune. Ainsi, la circonstance qu'il puisse exister un "blocage au sein du conseil d'administration de l'entreprise commune sur la stratégie à suivre par cette dernière démontre non pas l'absence d'autonomie de celle-ci à l'égard de ses sociétés mères mais l'incapacité structurelle de chacune de ces sociétés mères de pouvoir contrôler, seule, l'activité de l'entreprise commune. (...) Dans sa décision de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence avait d'ailleurs déjà relevé que : « [...] Le constat d'un désaccord patent sur la stratégie commerciale entre un des actionnaires, APMM, et la filiale TPO démontre que cette dernière jouit, en pratique, d'une autonomie suffisante et peut donc coordonner son comportement avec celui de son autre actionnaire, le groupe PERRIGAULT » (voir paragraphe 40 de la

décision).(…) Ainsi, les modalités de fonctionnement du conseil d'administration de TPO démontrent que c'est en toute autonomie que TPO a choisi d'adhérer à la politique commerciale préconisée par PERRIGAULT consistant à s'opposer à l'ouverture de l'entreprise commune aux clients tiers» ; que, concernant l'existence d'organes de direction propres et d'une politique commerciale indépendante, l'Autorité relève, ensuite : « (...) Comme indiqué par PERRIGAULT et APMM au ministre de l'économie le 7 avril 2006, TPO est dotée d'organes de direction propres, un PDG et un DGD nommés respectivement par PERRIGAULT et APMM, en charge d'une entreprise commune dont le principe de fonctionnement est celui de l'autonomie et de l'indépendance (...). Dès lors, contrairement à ce que soutiennent les parties mises en cause, la désignation des dirigeants de TPO par chacun de ses actionnaires n'implique pas qu'ils agissent dans l'intérêt exclusif des sociétés qui les nomment. Au contraire, en tant qu'organes sociaux, ils assurent la défense des intérêts de la société qu'ils représentent, comme le prévoient les statuts de TPO qui disposent, conformément aux dispositions de l'article L. 225-56 du commerce que « le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social (...). Il représente la société dans ses rapports avec les tiers» et que, de même, « à l'égard des tiers, le directeur général délégué dispose des mêmes pouvoirs que le directeur général ». Les parties ont d'ailleurs confié au PDG et au DGD les mêmes pouvoirs en ce qui concerne l'activité commerciale de TPO et la négociation d'accords avec ses clients. (...) Le rôle des dirigeants doit dès lors être interprété à la lumière de l'objet de TPO et de l'existence concrète d'une politique commerciale indépendante formalisée. (...) Comme il a été rappelé plus haut, l'objet de la filiale commune, notifié au ministre de l'économie et figurant dans plusieurs documents, met en évidence son indépendance par rapport à ses sociétés mères puisque TPO met en oeuvre une politique commerciale propre, expressément ouverte aux clients tiers, de manière autonome. (...) Cette indépendance s'appuie sur la définition, par TPO, d'une politique tarifaire propre. Il résulte ainsi de l'article 3.7 du MOA que TPO détermine sa propre politique tarifaire puisque « les tarifs en vigueur au Terminal seront négociés par [TPO] en fonction de sa stratégie commerciale et de ses impératifs économiques et sociaux ». (...) La stratégie commerciale de TPO est donc définie, dès sa fondation, comme concurrente de celle de PERRIGAULT. C'est précisément la capacité de TPO à concurrencer PERRIGAULT qui a nécessité la définition d'une clause de nonconcurrence dans le MOA. Ainsi, les stipulations de cette clause, qui empêchent TPO de s'intéresser à la clientèle de PERRIGAULT des douze derniers mois, ne restreignent pas l'activité commerciale de l'entreprise commune au-delà de ce cadre. TPO et PERRIGAULT sont donc concurrentes pour l'acquisition de toute clientèle n'ayant pas contracté avec PERRIGAULT dans la période couverte par la clause (à savoir la clientèle de terminaux concurrents au Havre ou de navires recherchant des escales au Havre). Partant, TPO et PERRIGAULT sont « capables d'entrer en concurrence l'une

avec l'autre» et sont donc autonomes au sens des juridictions européennes (voir arrêt du TP1CE du 10 mars 1992, SIV e.a./Commission (T68/89, T77/89 et T78/89, Rec. p. 111403, point 357) » ; que, concernant enfin le comportement adopté par TPO sur le marché, l'Autorité observe : - « (...) il faut rappeler que le « fonctionnement » de TPO et son articulation avec celui de PERRIGAULT se sont initialement manifestés, en pratique, lors des réponses de ces entreprises à l'appel à candidatures du PAH du 30 octobre 2001. Ainsi, dès l'origine, la candidature du partenariat entre PERRIGAULT et APMM, appelé à devenir TPO, a été présentée en concurrence avec celle présentée à titre individuel par PERRIGAULT. Par ce comportement, PERRIGAULT et l'entreprise commune ont donc manifesté leur autonomie sur le marché » (Point 273 de la décision) ; (...) les éléments au dossier démontrent bien l'existence d'un désaccord entre TPO et l'un de ses actionnaires, APMM, sur la stratégie commerciale de l'entreprise commune. Ainsi, le PDG de TPO s'est personnellement opposé à la recherche de clients tiers par TPO que demandait APMM (...). La capacité de TPO à s'opposer aux demandes d'une de ses sociétés mères atteste donc de l'autonomie de l'entreprise commune » (point 274 de la décision) ; « (...) les éléments au dossier montrent que TPO a, en pratique, revendiqué son autonomie commerciale sur le marché. Ainsi, par lettres du 27 novembre 2007, le PDG de TPO a indiqué à plusieurs clients tiers qui avaient été préalablement contactés par APMM, que toute offre de conditions commerciales ne pourrait qu'être faite par TPO, et que toute offre émanant de représentants du groupe APMM serait nulle.» (point 275 de la décision) ; qu' en second lieu, que sur l'existence d'un concours de volontés entre TPO et PERRIGAULT, l'Autorité observe, notamment : « (...) L'adhésion d'une entreprise à une entente peut, quant à elle se manifester par l'adoption de comportements extérieurs conformes à l'invitation d'une autre entreprise et à l'objet de l'entente. (...) En l'espèce, il ressort des éléments du dossier qu'à plusieurs reprises, PERRIGAULT a interdit à TPO de concurrencer les autres terminaux du port du Havre (voir, notamment, paragraphes 59 à 74) et que TPO a adopté le comportement anticoncurrentiel préconisé par PERRIGAULT. (...) En effet, TPO a appliqué la clause de nonconcurrence selon l'interprétation donnée par PERRIGAULT (voir paragraphes 60 à 75). Ainsi, lors d'un conseil d'administration de l'entreprise commune du 5 décembre 2006, le président de TPO indiquait que l'entreprise commune ne pourrait pas développer son offre commerciale visàvis des clients tiers, au motif que « ceci n'est pas possible (d'un point de vue social) : Vous avez assisté aux réunions avec les syndicats où la question vous a été clairement posée: pas de transfert de volumes. [...] Nous ne voulons pas commercer avec des tiers car c'est contraire aux accords, notamment sur le plan social» (voir paragraphe 61). TPO a également accepté la politique de sous-traitance mise en place par PERRIGAULT (voir paragraphes 90 à 102) et, plus généralement, elle a refusé de proposer ses services à des clients tiers (voir paragraphes 76 à 89). TPO confirme d'ailleurs cette position dans ses observations puisqu'elle indique qu'il ne lui appartient pas « d'interpréter la

liste des clients transmise par l'une de ses maisons mères [et qu '] elle n'avait d'autre choix (sous peine de mettre en jeu sa propre responsabilité), que de s'opposer à de telles démarches directes» (cote 13191). Ainsi, TPO a délibérément choisi d'appliquer la clause de non-concurrence telle qu'interprétée par PERRIGAULT.» ; que l'appréciation, au regard des principes sus énoncés, du bien fondé des griefs formulés à l'encontre de PERRIGAULT et de TPO, implique de rappeler, tout d'abord, que l'accord (MOA) conclu par PERRIGAULT et APMM sur la création de la société TPO prévoyait que chaque entreprise fondatrice, qui détenait 50 % du capital de cette société, désignait respectivement les deux dirigeants le président directeur général (P D G) PERRIGAULT et le directeur général délégué (D G D) A P M M qui, par surcroît, pouvaient les représenter au sein du conseil d'administration ; qu'en ce qui concerne le PDG, l'article 2.1.1 du MOA prévoit d'ailleurs que «les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général (P D G) seront dévolues à un membre du conseil d'administration désigné par PERRIGAULT » ; que cet accord prévoyait également que ces deux entreprises détenaient l'une et l'autre 50 % des droits de vote au sein du conseil d'administration dont elles désignaient chacune, respectivement, la moitié des membres et dont toutes les décisions sont prises à la majorité des voix, à l'exception des décisions importantes en matière de gestion qui requièrent l'unanimité ; Qu'en outre, aux termes du MOA, s'agissant de l'établissement par TPO de relations commerciales auprès de clients tiers, « toute démarche d'une compagnie maritime /consortium devra au préalable être approuvée par le conseil d'administration », et que « les tarifs [de TPO]

applicables à tout nouveau client seront négociés avec l'accord du conseil d'administration. » ; qu'il est constant, enfin, que TPO, dont la politique commerciale était de la sorte exclusivement entre les mains de son conseil d'administration à composition paritaire, n'était pas non plus dotée d'une force de vente propre, puisqu'elle n'employait, de surcroît à mi-temps, que deux salariés (un directeur technique et un directeur financier) ; que l'accord conclu entre PERRIGAULT et APMM prive ainsi en principe TPO, et cela de manière structurelle, de toute autonomie commerciale par rapport à ses deux sociétés mères ; que, dès lors, quelles que soient par ailleurs les stipulations de la clause de non-concurrence du MOA envisageant une possible concurrence entre PERRIGAULT et TPO ou les affirmations de principe résultant de certaines clauses du MOA sur l'exercice par TPO de ses activités de manière autonome et indépendante compte tenu d'une politique tarifaire propre ou encore la teneur de l'accord du 20 février 2007 dans lequel les deux entreprises affirment que TPO serait un opérateur de terminal indépendant exécutant sa propre politique, les organes de direction et d'administration de leur filiale commune n'ont, normalement, ni le pouvoir ni les moyens de déterminer et de mettre en oeuvre de manière autonome sur le marché une stratégie commerciale ; Qu'il importe peu, également, que, dans le cadre distinct de la procédure préalable de notification de la création de l'entreprise commune effectuée par les sociétés fondatrices au titre du

contrôle des concentrations auprès du ministre de l'économie le 7 avril 2006 et pour les seuls besoins de cette procédure, les sociétés fondatrices aient déclaré que l'entreprise commune exercera ses activités de manière autonome et indépendante et ne sera pas exclusivement dédiée aux besoins d'APMM ; que cependant, le constat du défaut structurel d'autonomie de TPO ne saurait dispenser la cour d'une analyse concrète des conditions dans lesquelles cette entreprise a exercé son activité ainsi que de son comportement sur le marché ; qu'à cet égard, il ressort du dossier (points 62 à 74 de la décision) que les pratiques dénoncées à l'encontre de PERRIGAULT et de TPO sont intervenues dans un contexte marqué par les sérieuses divergences d'interprétation survenues entre PERRIGAULT et APMM sur la portée de leurs accords commerciaux, qui ont donné lieu à un conflit ouvert, suivi d'un blocage du processus de direction et d'administration conjointes de leur filiale commune, qui a interdit la mise en oeuvre d'une politique commerciale déterminée en commun ; que PERRIGAULT et APMM qui, à la fin de l'année 2006 et au début de 2007, avaient entrepris des discussions sur l'ouverture de l'entreprise commune aux clients tiers, ont conclu le 20 février 2007 un accord en ce sens, qui n'a cependant pas dissipé toutes les réserves de PERRIGAULT sur ce point, comme l'atteste une lettre adressée à APMM le 17 avril 2007, ainsi libellée : « L'ensemble de la place portuaire havraise a toujours considéré, et considère toujours, avoir en face d'elle au travers de TPO un partenariat entre un opérateur local apportant les moyens d'exploitation et un armement apportant les volumes. [...] Il est donc important de notre point de vue de ne pas donner à penser que nous sortons de ce schéma et de cette répartition des rôles entre nous. Sur ce plan, l'action commerciale que vous envisagez visàvis de clients traités sur d'autres terminaux du Havre nous paraît pour le moins présenter de sérieux inconvénients comme nous vous l'avons déjà exprimé » ; que, le 11 octobre 2007, PERRIGAULT a notifié à TPO une liste des « clients PERRIGAULT des 12 derniers mois », comprenant vingt armateurs entrant, selon elle, dans le champ d'application de la clause de nonconurrence prévue dans le MOA, PERRIGAULT estimant que « la clause de nonconurrence [...] ne se limite pas qu'à des clients de PERRIGAULT » et considérant ainsi que cette clause s'applique à tout armateur qui a été facturé par elle durant la période concernée, même pour des lignes faisant escale sur des terminaux concurrents du port du Havre ; Que, toujours par lettre du 11 octobre 2007 adressée à APMM, M. X..., l'administrateur de TPO et également DGD de PERRIGAULT Saa expliqué au nom de PERRIGAULT que « des raisons sociales autant qu'administratives, longuement évoquées entre nous, interdisent à TPO de s'intéresser en l'état aux clients des autres terminaux du port [...]. Par voie de conséquence, la recherche de clients tiers ne peut donc concerner que des armements n'escalant pas aujourd'hui au Havre et partant, des volumes marginaux voire négligeables par rapport à la capacité du terminal » ; Que, c'est dans ces conditions que, dans une note en date du 12 octobre 2007, le PDG de TPO a indiqué au DGD de TPO : « [...] les accords entre les partenaires de notre société prévoient qu'il

est interdit à TPO d'avoir des relations commerciales quelles qu'elles soient (rendez-vous, offre de prix, etc...) avec les clients du Groupe PERRIGAULT. Même si elle est de notoriété publique au Havre, ce Groupe nous a pour la bonne forme communiqué la liste de ses clients. A toutes fins utiles, je vous rappelle que cette règle est absolue et obligatoire, elle s'impose à nous et, à défaut, celui qui l'enfreint crée un préjudice dont il devra réparation» ; que, par courrier du 22 octobre 2007, le viceprésident d'APMT, M. B..., a cependant indiqué au DGD de TPO « qu'APMT n'accepte pas la liste des clients existants présentée par le groupe PERRIGAULT. Elle ne reflète pas ce qui a été antérieurement convenu. Nous avons convenu avec le groupe PERRIGAULT que si ses clients existants et le groupe PERRIGAULT souhaitaient un transfert de TN à TPO, ceci devrait se faire en partant du principe que leur contrat resterait chez TN et TPO exécuterait les services en tant que sous-traitant. Ce droit ne s'étendait qu'à ceux des services faisant actuellement escale à TN et non à d'autres services faisant escale ailleurs au Havre ou à de nouveaux services que ces compagnies pourraient introduire à l'avenir. Concernant d'autres compagnies et d'autres services, ceci indiquait clairement qu'il revenait à TPO de se développer de son côté conformément à la politique commerciale que APMT et le groupe PERRIGAULT s'étaient engagés à soutenir en février. Ceci reflète également la manière selon laquelle nous devrions aborder la nouvelle activité au terminal qui devrait avoir pour fondement les propres mérites de TPO et non au travers d'une quelconque relation avec TN» ; que le viceprésident d'APMT a par ailleurs précisé ne pouvoir accepter les prétentions de PERRIGAULT que «pour [les services] faisant escale aux terminaux de TN» ; que, par lettres du 27 novembre 2007, le vice-président d'APMT, M. B..., a contacté les compagnies maritimes OOCL, APL, NYK, Yang Ming, Kline, Hanjin, et United Arab Shipping Company en les informant de la mise en service imminente de TPO et en précisant également: « nous avons suggéré au management de TPO d'entrer directement en contact avec vous afin de vous communiquer plus d'informations sur les capacités et services offerts par TPO et de faciliter des négociations avec vous en vue d'un potentiel contrat avec TPO. [...] Toute négociation et tout contrat de manutention devra être conclu directement avec TPO», ces lettres indiquant encore que les personnes à contacter dans ce but sont le PDG et le DGD de TPO ; que, par lettre du même jour, un dirigeant de PERRIGAULT a écrit au viceprésident d'APMT : « nous vous interdisons formellement de reprendre contact avec notre clientèle pour quelque raison que ce soit, y compris pour leur déclarer qu'elles ne peuvent escaler à TPO » ; que, dans le même temps, le PDG de TPO a informé les armateurs concernés que toute offre de conditions commerciales ne pourrait être faite que par TPO, à la suite d'une approbation par son conseil d'administration et a également précisé que toute offre émanant des représentants d'APMM ou du DGD de TPO serait nulle ; Qu'enfin, le PDG de TPO a indiqué au DGD de TPO : « je m'oppose à toute action de votre part qui consisterait à accorder des conditions d'escale (berth windows, prix) aux armateurs contactés ce jour par APMT Monsieur B... par

courrier dont vous avez reçu copie. En cas de désaccord de votre part sur cette consigne, j'entends faire valoir mon droit de décision ultime sur le vôtre » ; que c'est dans ces conditions que, lors du conseil d'administration de TPO du 12 décembre 2007, les administrateurs de APMM ont constaté l'absence d'action commerciale de la part de l'entreprise commune en expliquant que « le défaut de mise en oeuvre par TPO de la politique commerciale résulte du comportement et des actions du groupe PERRIGAULT et en particulier des contrats conclus avec des compagnies maritimes par le biais de TN en souscontractant les services à TPO de telle sorte que TN serait le bénéficiaire des revenus provenant de ces services, déduction faite seulement du paiement des coûts de manutention dus à TPO » ; que les administrateurs de PERRIGAULT considéraient, quant à eux, qu'« il est confondant de voir que le Groupe APMM ose prétendre qu'il n'existe pas de contingence sociale alors qu'il a assisté en tant que partenaire armateur aux négociations paritaires relatives à l'organisation du travail sur Port 2000, lors desquelles il a été clairement pris l'engagement par les opérateurs, et particulièrement leurs armateurs partenaires, de respecter la clientèle intérieure du port du Havre » ; qu'un tel conflit des deux sociétés mères n'a pas pour autant eu pour effet de mettre un terme au défaut structurel d'autonomie commerciale de TPO dans des conditions telles que l'entreprise commune aurait été mise en mesure d'adhérer elle-même, y compris de façon tacite, aux comportements prétendument anticoncurrentiels préconisés par PERRIGAULT ; que les pratiques d'ententes poursuivies ne peuvent, en réalité, dans le contexte qui a été exposé et quelle que soit par ailleurs l'étendue des pouvoirs conférés aux dirigeants de TPO par les dispositions du code de commerce, être analysées que comme le résultat de comportements unilatéraux de PERRIGAULT, reposant notamment sur l'intervention du PDG de TPO, qu'elle avait désigné, ainsi que de ses représentants au sein du conseil d'administration qui, comme les clauses du MOA sur la direction et l'administration de la filiale commune l'impliquaient et comme le confirment par surcroît les événements cidessus exposés, appliquaient les instructions de cette société mère ou, à tout le moins, agissaient au soutien de ses intérêts ; qu'enfin, concernant plus particulièrement la conduite de TPO sur le marché, que la candidature « du partenariat entre PERRIGAULT et APMM appelé à devenir TPO » en concurrence avec celle présentée à titre individuel par PERRIGAULT en réponse à l'appel à candidatures du PAH du 30 octobre 2001, effectuée avant la conclusion du MOA et la création de TPO, ne peut, de ce fait, être imputée à celle-ci au titre d'un comportement autonome sur le marché ; Qu'en outre, dans le contexte de conflit et de blocage entre actionnaires étudié plus haut, les autres éléments retenus par l'Autorité qui sont notamment tirés d'une attitude du P D G de TPO, désigné par PERRIGAULT ne peuvent qu'être assimilés à des comportements unilatéraux impliquant en réalité cette société mère, opposée à la recherche de clients tiers par TPO, et non comme la manifestation d'un comportement autonome de TPO sur le marché considéré, étant par surcroît observé que APMM, tout en revendiquant

l'autonomie de TPO fait malgré tout observer dans son mémoire que les lettres évoquées au point 275 de la décision «montrent la volonté du PDG de TPO de protéger les intérêts de PERRIGAULT » ; qu'il en résulte que les pratiques en cause sont l'expression d'un conflit opposant PERRIGAULT et APMM, toutes deux sociétés mères de la société TPO ; Que, contrairement à ce qu'a retenu l'Autorité de la concurrence, ces pratiques ne peuvent procéder d'une volonté commune des sociétés PERRIGAULT et TPO de se comporter sur le marché de manière concertée ; Que le grief d'entente par répartition de clientèle qui leur est imputé ne peut être retenu, ce qui implique leur mise hors de cause » (arrêt p. 17 à 24) ;

Alors que les dirigeants d'une société juridiquement autonome doivent agir dans le seul intérêt social de cette société, qui est distinct de l'intérêt individuel de l'un de ses associés ; que la cour d'appel a retenu que les pratiques poursuivies « ne peuvent (...) être analysées que comme le résultat de comportements unilatéraux de Perrigault, reposant notamment sur l'intervention du PDG de TPO qu'elle avait désigné ainsi que ses représentants au sein du conseil d'administration qui (...) appliquaient les instructions de cette société-mère ou, à tout le moins, agissaient au soutien de ses intérêts » (arrêt, p. 23, ult. §) ; qu'il résulte de ces motifs que l'action menée par une partie des dirigeants de la société TPO n'était pas dictée par l'intérêt social de cette dernière société, de sorte que la cour d'appel ne pouvait, sans violer les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, justifier l'existence d'une pratique anticoncurrentielle par un comportement illicite ;

Alors, en outre, qu' est dépourvue d'autonomie la société, juridiquement indépendante, qui se trouve sous le contrôle d'une personne physique ou morale en raison du pouvoir souverain de direction ou de commandement dont cette dernière dispose en son sein ; que dès lors, ne peut être réputée contrôlée par une personne morale la société au sein de laquelle cette personne morale ne dispose pas d'un tel pouvoir de direction en raison de la stricte parité existant entre cette dernière et une autre personne morale, tant dans la gouvernance de la société, que dans son capital ; qu'après avoir constaté que les sociétés Perrigault et A.P. Møller Maersk A/S détenaient chacune 50 % du capital de la filiale commune TPO, que chacune désignait respectivement l'un des deux dirigeants, et que chacune des deux entreprises fondatrices détenait 50 % des droits de vote au sein du conseil d'administration dont elles désignaient, chacune, respectivement la moitié des membres et dont toutes les décisions étaient prises à la majorité des voix, à l'exception des décisions importantes en matière de stratégie qui requéraient l'unanimité, ce dont il résultait qu'aucune des deux personnes morales actionnaires et dirigeantes ne pouvait seule contrôler la société TPO, la cour d'appel, qui a néanmoins exclu l'existence d'une entente entre la société Perrigault et la société TPO, en raison de l'absence d'autonomie de cette dernière envers Perrigault seule, n'a pas tiré les conséquences

légales de ses constatations, en violation des articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

Alors, en tout état de cause, que l'existence d'un contrôle en commun d'une entreprise commune par les deux sociétés qui, à parité, détiennent son capital et nomment les organes de direction n'est pas de nature à restreindre l'indépendance fonctionnelle sur le marché de cette filiale commune de plein exercice ; qu'en se fondant sur le constat du contrôle en commun qu'elle qualifie de défaut d'autonomie structurelle de la société TPO, pour en déduire automatiquement son défaut d'autonomie fonctionnelle, et exclure qu'elle puisse être partie à une entente avec une de ses sociétés mères, la cour d'appel a violé l'article 101 § 1 du TFUE et l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Alors, par ailleurs, qu'en vertu du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, la société Perrigault, qui a obtenu une autorisation de concentration en invoquant l'indépendance de la filiale commune de plein exercice créée, ne pouvait soutenir devant la cour d'appel, pour échapper cette fois au droit des ententes, que la filiale commune n'était pas indépendante ; qu'en accueillant néanmoins les prétentions de la société Perrigault, la cour d'appel a méconnu le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui et violé l'article 122 du code de procédure civile ;

Alors, encore, que dans sa décision n° 10D13 du 15 avril 2010, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société TPO au titre d'un grief de partage de clientèle, mais également au titre d'une entente anticoncurrentielle portant sur la répartition future des postes à quai (entente de partage de capacité) pour laquelle la société Perrigault a été mise hors de cause ; qu'en considérant que la société TPO était dépourvue d'autonomie par rapport à la société Perrigault, quand elle constatait que la société TPO avait seule été condamnée au titre de l'entente de partage de capacité, à l'exclusion de la société Perrigault qui a été mise hors de cause à ce titre, sans rechercher si le sort de la société TPO, dissocié de celui de la société Perrigault et non contesté par la société TPO devant le juge du recours, n'impliquait pas l'autonomie de la société TPO, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 101 § 1 du TFUE et l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Alors, enfin, qu'un accord, au sens de l'article 101 § 1, du TFUE, est réputé conclu, dès que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel et qui constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, est acceptée tacitement par le fait que l'autre partie en respecte les termes, peu important qu'un tel accord ne soit pas, de prime abord, dans son intérêt ; que le fait qu'une entreprise menace l'autre d'une action en

responsabilité pour obtenir son accord, n'exclut ni l'autonomie, ni le consentement de cette dernière ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société Perrigault avait notifié à la société TPO le 11 octobre 1997, une liste d'entreprises concernées par la clause de non-concurrence, cette liste dépassant les clients de la société Perrigault des 12 derniers mois, seuls prévus par le memorandum of agreement , et qu'elle avait menacé la société TPO d'une action en responsabilité si cette liste n'était pas respectée ; qu'en déduisant l'absence d'entente, de cette menace de la société Perrigault, pourtant inopérante pour démontrer tant l'absence d'autonomie de la société TPO, que son défaut de consentement à la pratique à laquelle elle aurait pu et dû résister, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 §1 du TFUE.