



Décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la
manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 4 janvier 2008, sous les numéros 08/0003 F et 08/0004 M, par laquelle la société A.P. Møller-Mærsk a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe Perrigault et par la société Terminal Porte Océane et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu la saisine d'office du Conseil de la concurrence du 25 février 2008, enregistrée sous le numéro 08/0023 F, concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre ;

Vu la décision du 25 février 2008 par laquelle le rapporteur général a joint les affaires 08/0003 F-08/0004 M et 08/0023 F ;

Vu la décision n° 08-D-19 du Conseil de la concurrence en date du 31 juillet 2008 relative à une demande de mesures conservatoires de la société A.P. Møller-Mærsk ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 81, devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à compter du 1^{er} décembre 2009 ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le rapport C.A 2010-01 du 11 janvier 2010 transmis par le conseiller auditeur ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les décisions liées à la protection du secret des affaires n°09-DSA-10 et 09-DSA-11 du 14 janvier 2009 ; n° 09-DSADEC-07, 09-DSADEC-08 et 09-DSADEC-09 du 14 janvier 2009 ; n° 09-DSA-19 du 5 février 2009 ; n° 09-DSADEC-16 et 09-DSADEC-17 du 5 février 2009 ; n° 09-DSADEC-24 et 09-DSADEC-25 du 16 avril 2009 ; n° 09-DSADEC-27 du 22 avril 2009 ; n° 09-DSADEC-28 et 09-DSADEC-29 du 27 avril 2009 ; n° 09-DEC-05, 09-DEC-06, 09-DEC-07 et 09-DEC-08 du 27 avril 2009 ; n° 09-DSADEC-31 du 29 mai 2009 ; n° 09-DSADEC-31 du 29 mai 2009 ; n° 09-DSA-230, 09-DSA-231, 09-DSA-232 et 09-DSA-233 du 5 octobre 2009 ; n° 09-DSA-234, 09-DSA-235 du 6 octobre 2009 ; n° 09-DSADEC-41 du 12 octobre 2009 ; n° 09-DSA-243 du 14 octobre 2009 ; n° 09-DSA-26 et 09-DSA-27 du 17 octobre 2009 ; n° 09-DSA-28 et 09-DSA-29 du 18 mars 2009 ; n° 09-DSA-34 du 24 mars 2009 ; n° 09-DSA-35 et 09-DSA-36 du 30 mars 2009 ; 09-DSA-55, 09-DSA-57 et 09-DSA-58 du 6 avril 2009 ; n° 09-DSA-65 et 09-DSA-67 du 28 avril 2009 ; n° 09-DSA-69 du 4 mai 2009 ; n° 09-DSA-73, 09-DSA-74 du 14 mai 2009 ; n° 09-DSA-75 du 27 mai 2009 ; n° 09-DEC-14, 09-DEC-15, 09-DEC-16, 09-DEC-17 et 09-DEC-18 du 29 mai 2009 ; n° 09-DECR-15 et 09-DECR-16

du 5 juillet 2009 ; n° 10-DSA-14, 10-DSA-15, 10-DSADEC-01, 10-DSADEC-02 du 11 janvier 2010 ;

Vu les observations présentées par les sociétés A.P. Møller-Mærsk, Perrigault, Terminal Porte Océane, Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire, CMA CGM, le Grand Port Maritime du Havre, et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés A.P. Møller-Mærsk, Perrigault, Terminal Porte Océane, Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire, CMA CGM et le Grand Port Maritime du Havre, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 23 février 2010 ;

Adopte la décision suivante :

Sommaire

I. Constatations.....	8
A. Le rappel de la procédure	8
1. Les saisines	8
2. La décision de mesures conservatoires n° 08-D-19 du 31 juillet 2008	8
B. Le secteur concerné : la manutention au port du Havre	8
1. La manutention portuaire.....	8
a) Les activités de manutention portuaire.....	8
b) Les relations contractuelles entre les armateurs et les manutentionnaires	9
2. Le projet d'extension Port 2000	9
a) Généralités	9
b) La sélection des concessionnaires de Port 2000	10
L'attribution des conventions d'exploitation de terminaux.....	10
La situation en juillet 2006	11
C. Les parties concernées	12
1. Le Grand Port Maritime du Havre.....	12
2. Le groupe A.P. Møller-Mærsk	12
3. Le groupe Perrigault	13
4. La société Terminal Porte Océane.....	13
5. La société TNMSC	13
6. La société CMA CGM.....	14
7. La société GMP	14
D. Les pratiques concernées	14
1. Les pratiques mises en œuvre par Perrigault et TPO.....	14
a) Rappel concernant la création de l'entreprise commune TPO	14
b) Les pratiques mises en œuvre par Perrigault et TPO	15
L'interdiction de principe faite aux terminaux de Port 2000 de concurrencer les terminaux existants du port du Havre	15
L'interdiction de principe faite à TPO de concurrencer les terminaux existants du port du Havre	16
L'application extensive de la clause de non-concurrence	19
L'exemple de Grand Alliance via NYK Line.....	20
L'exemple de l'OOCL.....	20
L'exemple de SAECS et Mitsui OSK Lines	21

La sous-traitance d'escalas de lignes pour le compte de TN.....	21
Les raisons du recours à la sous-traitance	21
Le recours à la sous-traitance en pratique	22
2. Les pratiques mises en œuvre par le Port Autonome du Havre et les opérateurs de Port 2000.....	24
a) Les échanges préliminaires aux réunions de juillet et octobre 2006	25
b) Les réunions de juillet et octobre 2006	25
La réunion du 12 juillet 2006	25
La réunion du 19 octobre 2006.....	29
La réunion du 26 octobre 2006.....	30
c) Les constatations postérieures aux réunions de juillet et octobre 2006.....	30
E. Les griefs notifiés	31
II. Discussion	33
A. Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence	34
1. Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître des griefs notifiés au titre de l'entente de partage de clientèle (premières pratiques)	34
2. Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître des griefs notifiés au titre de l'entente de partage de capacité (secondes pratiques).....	34
a) Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître du grief d'entente de partage de capacité notifié au Grand Port Maritime du Havre ...	34
b) Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître du grief d'entente de partage de capacité notifié aux entreprises	36
B. Sur la procédure.....	39
1. Sur la prétendue violation du principe du contradictoire	39
a) Sur l'accès à certaines pièces du dossier classées en annexe confidentielle	39
Sur les pièces qui ont été rendues à tort inaccessibles sur le CD-Rom transmis à TPO	39
Sur les pièces qui n'étaient pas accessibles sous les cotes indiquées par le rapporteur dans la notification de griefs	40
b) Sur les prétendues difficultés d'identification de pièces du dossier.....	41
Sur les décalages entre les cotes citées dans le corps de la notification de griefs et celles figurant sur les documents accessibles en annexes	41
Sur les erreurs de cotation dans la notification de griefs.....	41
2. Sur le respect des droits de la défense	42
a) Sur la nomination prétendument tardive du conseiller auditeur.....	42
b) Sur le délai de réponse à la notification de griefs	42
c) Sur les documents remis en séance par TPO.....	44

3. Sur la prétendue violation du principe d'impartialité.....	44
C. Sur l'application du droit communautaire.....	45
1. Sur les deux premiers éléments liés à l'existence de pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres	45
2. Sur le troisième critère lié au caractère sensible de l'affectation	46
D. Sur le bien-fondé des griefs.....	47
1. Sur le marché pertinent.....	47
a) Sur le marché de services	48
b) Sur le marché géographique.....	48
2. Sur l'existence d'une concurrence intra-portuaire.....	49
3. Sur le grief d'entente de partage de clientèle	50
a) Sur la prétendue absence d'autonomie de TPO à l'égard de Perrigault.....	50
Le rappel des principes applicables en matière d'entente anticoncurrentielle dans le cadre des relations entre des sociétés mères et leur filiale commune	50
L'application de ces principes au cas d'espèce	51
Sur la participation des sociétés mères au capital de TPO et le rôle joué par le conseil d'administration	51
Sur l'ouverture de TPO aux clients tiers	52
Sur l'existence d'organes de direction propres et d'une politique commerciale indépendante	53
Sur le comportement des entreprises en cause sur le marché.....	54
b) Sur l'existence d'un concours de volontés entre TPO et Perrigault.....	55
Sur la volonté de contraindre APMM à respecter ses engagements et la défense de l'intérêt du port du Havre	55
Sur le caractère prétendument unilatéral des comportements retenus.....	56
Sur l'absence d'interdiction de contracter avec des clients tiers	57
c) Sur l'application de la clause de non-concurrence.....	57
d) Sur les effets anticoncurrentiels de l'entente de partage de clientèle.....	59
Sur les démarches commerciales entreprises par TPO envers des clients tiers	59
Sur l'impact de l'application par les parties mises en cause de la clause de non-concurrence sur les perspectives de l'entreprise commune	59
Sur les exemples concrets de refus de donner suite à des sollicitations commerciales de tiers	60
Sur les démarches commerciales effectuées par TPO.....	61
Sur le recours à la sous-traitance par TPO	62

e) Sur l'application des articles L. 420-4 du code commerce et 81, paragraphe 3 du traité CE, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE.....	63
4. Sur le grief d'entente de partage de capacité.....	65
a) Sur l'existence d'un concours de volontés portant sur la répartition des postes à quai de Port 2000.....	65
b) Sur l'objet anticoncurrentiel des réunions intervenues en juillet et octobre 2006.....	66
Sur l'objet des réunions intervenues en juillet et octobre 2006.....	67
Sur la prétendue indisponibilité des postes à quai au jour des réunions litigieuses.....	68
Sur le caractère prétendument incident des discussions tenues lors des réunions de 2006.....	69
Sur le fait que les parties n'auraient eu aucun pouvoir de décision sur l'objet de l'entente.....	69
Sur la légitimité de consulter l'ensemble des opérateurs.....	70
Sur l'opposabilité du terme "Yalta" pour désigner les réunions de juillet et octobre 2006.....	70
c) Sur la participation individuelle des entreprises mises en cause à l'entente.....	71
Sur le standard de preuve du concours de volontés dans une entente horizontale en droit communautaire.....	71
Sur le standard de preuve du concours de volontés dans une entente horizontale en droit national.....	73
Sur le standard de preuve applicable à la présente affaire.....	74
Sur la participation des entreprises mises en cause à l'entente.....	74
Sur la participation de TPO à l'entente.....	74
Sur la participation de TNMSC à l'entente.....	75
Sur la participation de GMP à l'entente.....	76
Conclusion.....	76
d) Sur les effets anticoncurrentiels des pratiques.....	76
Sur les effets constatés.....	77
Sur les effets potentiels.....	77
Sur l'existence d'une concurrence sur les engagements de volumes et d'investissements.....	77
Sur l'absence d'attribution ferme d'un quatrième poste à quai aux opérateurs.....	78
Sur le caractère prétendument pro-concurrentiel de la concertation.....	79
e) Sur l'application des articles L. 420-4 du code commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE.....	81
5. Sur l'application de la règle dite "de minimis".....	82

E.	Sur l'imputabilité des pratiques	83
F.	Sur les suites à donner aux qualifications retenues	84
1.	Sur les sanctions	84
a)	Sur le plafond des sanctions	84
	En ce qui concerne les pratiques imputables à la société TPO.....	84
	En ce qui concerne les pratiques imputables à la société Perrigault SA	84
	En ce qui concerne les pratiques imputables à la société TNMSC	84
	En ce qui concerne les pratiques imputables à la société GMP	84
b)	Sur les critères de détermination des sanctions.....	84
	Sur la gravité des pratiques.....	85
	Analyse du marché sur lequel les pratiques ont été commises.....	85
	Sur l'entente de répartition de clientèle.....	85
	Sur l'entente de partage de capacité	86
	Sur l'importance du dommage causé à l'économie.....	86
	Sur la valeur des marchés affectés.....	87
	En ce qui concerne l'entente de répartition de clientèle.....	87
	En ce qui concerne l'entente de partage de capacité	87
	Sur les effets des pratiques	87
	En ce qui concerne l'entente de répartition de clientèle.....	87
	En ce qui concerne l'entente de partage de capacité	87
	Sur les éléments individuels à prendre en compte pour chacune des entreprises.....	88
	En ce qui concerne l'entente de partage de clientèle.....	88
	En ce qui concerne l'entente de répartition de capacité	88
c)	Sur le montant des sanctions	88
2.	Sur le prononcé d'une injonction	89
3.	Sur l'obligation de publication	90
	Dispositif.....	92

I. Constatations

1. Il convient de procéder successivement au rappel de la procédure puis à la présentation du secteur et des parties concernés, avant de décrire les pratiques en cause.

A. LE RAPPEL DE LA PROCEDURE

1. LES SAISINES

2. Par lettre enregistrée le 4 janvier 2008, sous les numéros 08/0003 F et 08/0004 M, la société A.P. Møller-Mærsk A/S (ci-après "APMM"), a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe Perrigault et la société Terminal Porte Océane, et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires.
3. Le 25 février 2008, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre. Cette saisine a été enregistrée sous le numéro 08/0023 F.
4. Par décision du 25 février 2008, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a procédé à la jonction des affaires 08/0003 F-08/0004 M et 08/00023 F, en application des dispositions de l'article R. 463-3 du code de commerce.
5. Le 13 mars 2008, des opérations de visites et de saisies ont été diligentées par la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes dans les locaux de plusieurs opérateurs de manutention portuaire situés au port du Havre.

2. LA DECISION DE MESURES CONSERVATOIRES N° 08-D-19 DU 31 JUILLET 2008

6. Par décision n° 08-D-19, en date du 31 juillet 2008 (ci-après la "décision de mesures conservatoires"), le Conseil de la concurrence a rejeté la demande de mesures conservatoires d'APMM, mais a considéré que les pratiques dénoncées étaient susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles et que l'instruction au fond de la saisine devait donc être poursuivie (voir paragraphe 92 de la décision n° 08-D-19).

B. LE SECTEUR CONCERNE : LA MANUTENTION AU PORT DU HAVRE

1. LA MANUTENTION PORTUAIRE

a) Les activités de manutention portuaire

7. Les activités de manutention portuaire pour le transport de conteneurs sont définies à l'article 50 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport

maritime, comme étant « *toutes les opérations qui réalisent la mise à bord et le débarquement des marchandises y compris les opérations de mise et de reprise sous hangar et sur terre-plein, qui en sont le préalable ou la suite nécessaire* ».

8. Les opérations de mise à bord et de débarquement de conteneurs transportés par des compagnies maritimes sont dites de "manutention verticale". Elles nécessitent l'utilisation de portiques (appareils de levage de charges lourdes) et de grues. Les opérations au sol sont dites de "manutention horizontale".
9. La demande pour les prestations de manutention portuaire émane des armateurs actifs dans le secteur du transport maritime de conteneurs. Jusqu'à une période récente, le transport maritime de conteneurs connaissait une croissance soutenue, de l'ordre de 10 % par an en Europe durant la période comprise entre 1997 et 2007. Cette croissance s'est accompagnée de l'apparition de grands armateurs mondiaux représentant une partie significative du trafic, parmi lesquels les sociétés APMM, Mediterranean Shipping Company (ci-après "MSC") et CMA CGM. A elles trois, ces sociétés représentent un tiers de la capacité mondiale de transport de conteneurs.
10. Les armateurs s'impliquent de manière croissante dans les activités de manutention. Ils interviennent dans ce secteur par le biais de filiales propres ou d'entreprises communes créées avec des opérateurs de manutention.

b) Les relations contractuelles entre les armateurs et les manutentionnaires

11. Les manutentionnaires rendent des prestations aux armateurs pour des navires faisant escale à des moments spécifiques (appelés les "fenêtres d'escales"). Ces escales sont des étapes de chargement et de déchargement dans le transport de conteneurs sur une ligne. La notion de "ligne" (ou de "service de ligne" ou "service") désigne le transport maritime de conteneurs d'un point à un autre, avec des navires affectés aux mêmes escales et aux mêmes délais de rotation.
12. L'activité de transport maritime de conteneurs est assurée par un armateur ou plusieurs armateurs exploitant une ou plusieurs lignes en commun dans le cadre d'accords de coopération.
13. Deux types d'accords sont concernés dans la présente affaire :
 - les "accords de slots" qui sont généralement bilatéraux et aux termes desquels un armateur loue de l'espace sur ses navires à un autre armateur pour transporter les conteneurs de celui-ci ;
 - et les "accords de partage de navires" ("*Vessel Sharing Agreements*" ou "VSA") qui sont des accords multilatéraux aux termes desquels les parties déploient un certain nombre de navires en commun sur une ligne donnée.

2. LE PROJET D'EXTENSION PORT 2000

a) Généralités

14. Le port du Havre a le statut de "Grand Port Maritime" français, institué par le décret n° 2008-1037 du 9 octobre 2008. Ce statut remplace celui de "Port Autonome".

15. Comme le Port Autonome du Havre (ci-après le "PAH") avant lui, le Grand Port Maritime du Havre (ci-après le "GPMH") est un établissement public. Le port du Havre est le premier port français pour le transport de marchandises. En 2007, il a recueilli 62 % du trafic conteneurisé en France métropolitaine.
16. Au cours des années 2006 et 2007, le secteur de la manutention au port du Havre a connu une évolution avec la mise en service de nouvelles infrastructures dans le cadre d'un projet d'extension, baptisé "Port 2000". Avant le lancement de ce projet, le port du Havre comptait cinq opérateurs de manutention :
 - Terminaux de Normandie (ci-après "TN"), filiale du groupe Perrigault ;
 - Terminal Normandie MSC (ci-après "TNMSC"), une entreprise commune détenue par Perrigault et la société Terminal Investment Ltd., dédiée aux besoins de l'armateur MSC ;
 - Générale de Manutention Portuaire (ci-après "GMP"), une entreprise commune détenue par CMA CGM et DP World ;
 - la Compagnie Nouvelle de Manutention Portuaire (ci-après "CNMP") ;
 - et Alpha Terminal.
17. Jusqu'en 2007, ces opérateurs de manutention ont fait face à des problèmes de saturation sensibles. Le projet Port 2000, initié au milieu des années 1990, vise ainsi à créer douze nouveaux postes à quai au port du Havre sur un bassin pouvant accueillir les plus grands conteneurs actuellement en service. Port 2000 qui est actuellement toujours en cours de construction permettra, à terme, de tripler la capacité du port du Havre.
18. Port 2000 fait l'objet d'une construction progressive. La première phase, achevée en 2007, a consisté en la construction et la mise en exploitation de quatre postes à quai, numérotés de 1 à 4. La deuxième phase, dont l'achèvement est prévu pour la mi-2010, consiste en la construction de six postes supplémentaires, numérotés de 5 à 10. Enfin, la troisième phase, prévue à l'horizon 2010-2013, prévoit la construction de deux derniers postes, numérotés 11 et 12.

b) La sélection des concessionnaires de Port 2000

L'attribution des conventions d'exploitation de terminaux

19. L'attribution des autorisations d'occupation des postes à quai de Port 2000 s'est échelonnée sur plusieurs années. Ces autorisations s'opèrent par le biais de convention d'exploitation de terminal (ci-après "CET"), dont la notion est précisée aux articles R. 115-7 et R. 115-14 du code des ports maritimes, issus des dispositions du décret n° 99- 782 du 9 septembre 1999.
20. Le III de l'article R. 115-7 du code précité prévoit ainsi que la convention d'exploitation de terminal « *porte exclusivement sur la gestion et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal spécifique à certains types de trafics et comprenant les terre-pleins, les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liées aux navires. Le recours à ce mode de gestion, qui ne peut concerner qu'une partie du domaine portuaire, doit être compatible avec le maintien en nombre suffisant d'outillages publics ou d'outillages privés avec obligation de service public* ». L'article R. 115-14 indique que cette convention « *fixe notamment les objectifs de*

trafic du terminal et les sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, au cas où ces objectifs ne seraient pas atteints ».

21. Dans le cadre du projet Port 2000, le PAH a publié un appel à candidatures le 30 octobre 2001 pour l'octroi de CET portant sur six postes à quai, divisés en trois lots de deux postes chacun. Le PAH a attribué deux CET par voie de consultation et une troisième par le biais d'une négociation de gré à gré.
22. L'ordre chronologique des attributions des CET a été le suivant :
 - une CET a été signée avec GMP le 28 octobre 2004, complétée par un avenant du 8 juin 2006. La CET de GMP prévoyait deux phases : une première phase correspondant à l'exploitation des postes à quai n° 3 et 4, et une deuxième phase, mise en œuvre à la demande de l'entreprise, correspondant à l'exploitation du poste à quai n° 5 ;
 - une CET a été signée avec TPO le 31 mai 2006. Elle prévoyait également deux phases : la première correspondant à l'exploitation des postes à quai n° 1 et 2 et la deuxième portant sur l'exploitation du poste à quai n° 6 ;
 - TNMSC n'a obtenu sa CET pour Port 2000 que le 11 septembre 2007. Cette convention, négociée de gré à gré, prévoyait l'exploitation des postes 8, 9 et 10. Le transfert de TNMSC à Port 2000 était néanmoins prévu dans un accord signé entre TNMSC et le PAH le 20 juillet 2004 dans les termes suivants : « *une installation de TNMSC à Port 2000 pourra être proposée, dans le respect des règles européennes, pour y traiter tout ou partie du trafic MSC [...] pour un horizon 2008-2010* ». Cet accord ne précisait cependant pas le nombre de postes ayant vocation à être attribués à TNMSC.
23. Les CET présentent quatre caractéristiques : le transfert de l'ensemble du personnel de manutention sous l'autorité hiérarchique du manutentionnaire ; la définition de seuils de trafic contractuel dont le non-respect est susceptible d'entraîner la résiliation des CET ; la mise à disposition du domaine public portuaire pour une durée de 36 ans et des obligations d'investissement pour les manutentionnaires.
24. Jusqu'en 2008, la sélection des attributaires de CET n'était pas soumise à une procédure obligatoire d'appels d'offres. Le cadre juridique a cependant été modifié par un décret du 9 octobre 2008, pris en application de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire. L'article R. 150-2 du code des ports maritimes prévoit ainsi désormais que « *les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire* ».

La situation en juillet 2006

25. Au mois de juillet 2006, seuls quatre postes à quai avaient été construits. Ces postes, numérotés de 1 à 4 et situés sur la partie Est de Port 2000 étaient exploités par TPO et GMP. A ce stade, trois problématiques étaient alors en suspens pour le développement de Port 2000.
26. Tout d'abord, l'établissement portuaire devait obtenir l'accord des autorités de tutelle pour poursuivre les constructions. Ensuite, l'établissement portuaire souhaitait compenser la perte par GMP d'une partie du quai n° 5 en raison de l'aménagement d'un quai fluvial sur 200 des 350 mètres de ce poste, initialement inclus dans la CET de l'opérateur. Pour ce faire, il était envisagé d'attribuer à GMP le poste n° 2, alors exploité par TPO. Un tel

transfert nécessitait que TPO effectue un "ripage" vers l'Ouest, c'est-à-dire se décale afin de libérer le poste n° 2. Dans la mesure où tous les postes à quai ne présentent pas les mêmes caractéristiques, le "ripage" de TPO impliquait que l'établissement portuaire et les opérateurs en déterminent les conditions contractuelles. Enfin, restait encore à déterminer l'attribution des CET pour l'exploitation des postes à quai n° 8, 9, 10, 11 et 12.

C. LES PARTIES CONCERNEES

1. LE GRAND PORT MARITIME DU HAVRE

27. Le GPMH est, comme il a été indiqué plus haut, un établissement public de l'Etat créé le 9 octobre 2008 par la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire. Il vient aux droits de l'ancien PAH, lui-même établissement public créé en 1965.
28. En vertu de l'article L. 111-2 du code des ports maritimes, « *le port autonome [était] chargé des travaux d'extension, d'amélioration, de renouvellement et de reconstruction au sein de la circonscription portuaire, ainsi que de l'exploitation, de l'entretien et de la police du port et de ses dépendances, ainsi que de la gestion du domaine immobilier qui lui est affecté* ».
29. Le Grand Port Maritime a conservé ces attributions. En effet, l'article L. 111-2 du code des ports maritimes prévoit qu'il est notamment chargé des missions suivantes : « *1° La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes ; 2° La police, la sûreté et la sécurité [...] et les missions concourant au bon fonctionnement général du port ; 3° La gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté ; 4° La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés [...]; 5° La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire [...]* ».
30. Le chiffre d'affaires du port autonome s'est élevé à 195,53 millions d'euros en 2007 et 195,99 millions d'euros en 2008.

2. LE GROUPE A.P. MØLLER-MÆRSK

31. Le groupe danois A.P. Møller-Mærsk opère dans de nombreux secteurs, parmi lesquels le transport maritime de conteneurs, la manutention portuaire, l'exploitation de bateaux-citernes, l'exploration et la production gazière et pétrolière, la construction navale et le commerce de détail. La société mère du groupe, la société A.P. Møller-Mærsk A/S, est le premier armateur mondial.
32. L'activité de transport maritime de conteneurs du groupe A.P. Møller-Mærsk est opérée notamment par ses filiales Mærsk Line, Safmarine Container Lines N.V et Mærsk France SA. Quant à l'activité de manutention portuaire, celle-ci est principalement affectée à la filiale APM Terminals (ci-après "APMT"). Les sociétés Mærsk Line, Safmarine Container Lines N.V, APMT et Mærsk France SA sont des filiales contrôlées à 100 % par A.P. Møller-Mærsk A/S.
33. Le chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe s'est élevé en 2007 à 37,4 milliards d'euros et en 2008 à 41,6 milliards d'euros. Les activités mondiales du groupe dans le

secteur de la manutention portuaire représentent une part inférieure à 10 % de son chiffre d'affaires total.

3. LE GROUPE PERRIGAULT

34. Le groupe Perrigault est spécialisé dans l'activité de manutention portuaire. Les activités du groupe sont organisées autour de deux pôles. Le premier pôle concerne les activités de manutention proprement dites, qui sont gérées par la société mère du groupe, Perrigault SA (ci-après "Perrigault"). Perrigault contrôle ainsi TN, la société de manutention du groupe, et détient 50 % du capital des sociétés TNMSC et TPO par le biais de deux filiales détenues à 100 %, respectivement Perrigault Participations SAS et Perrigault Estuaire SAS.
35. Le second pôle regroupe les sociétés d'investissement du groupe, sous le contrôle de la société Normandie Matériel et Manutention SA (ci-après "NMM"). NMM détient 50 % du capital de la Société d'Équipement du Terminal de l'Océan SA (ci-après "SETO") et de la Société d'Équipement du Terminal de la Porte Océane SA (ci-après "SETPO") par le biais de deux filiales détenues à 100 %, respectivement NMM Participations SAS et Matériel Estuaire SAS. SETO et SETPO sont deux sociétés communes d'investissement soutenant, pour la première, l'activité de TNMSC et, pour la seconde, celle de TPO.
36. Perrigault et NMM sont entièrement détenues par la famille X....
37. En 2007, le chiffre d'affaires consolidé du groupe s'est élevé à 145 millions d'euros, dont 117,9 millions d'euros au titre de l'activité de Perrigault et 27,1 millions d'euros au titre de l'activité de NMM. En 2008, ces chiffres d'affaires se sont élevés à 152,1 millions d'euros pour le groupe Perrigault, dont 126,2 millions d'euros pour Perrigault et 25,9 millions d'euros pour NMM.

4. LA SOCIETE TERMINAL PORTE OCEANE

38. TPO est une entreprise commune détenue à parts égales entre APMM et Perrigault. Elle est composée de trois sociétés, à savoir Terminal Porte Océane SA, en charge de l'exploitation et la gestion du terminal ; SETPO, en charge des investissements ; et la société Docker Porte Océane, en charge des prestations de service de main d'œuvre pour TPO.
39. L'entreprise a été constituée en vue de l'exploitation d'un terminal à Port 2000. Sa création a été notifiée, au titre du contrôle des concentrations, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie le 7 avril 2006, qui l'a autorisée par lettre du 10 mai 2006. Le terminal TPO a débuté ses opérations en novembre 2007. En 2008, son chiffre d'affaires s'est élevé à 35 millions d'euros.

5. LA SOCIETE TNMSC

40. La société TNMSC est une entreprise commune détenue à parts égales entre le groupe Perrigault et la société Terminal Investment Ltd., dédiée à la manutention de conteneurs transportés par les lignes de l'armateur MSC au port du Havre.
41. Le chiffre d'affaires de la société s'est élevé à 55 millions d'euros en 2007 et à 51 millions d'euros en 2008.

6. LA SOCIETE CMA CGM

42. Le groupe CMA CGM est le troisième armateur mondial. Sa société mère, CMA CGM SA, est une société anonyme de droit français. Les activités principales du groupe sont le transport maritime de conteneurs, la manutention portuaire, le transport ferroviaire, par barge et routier, et d'autres activités associées au transport maritime de conteneurs.
43. Le chiffre d'affaires du groupe s'est élevé à 8,6 milliards d'euros en 2007 et à 10,3 milliards d'euros en 2008.

7. LA SOCIETE GMP

44. GMP est une filiale de Portsynergy, elle-même filiale commune à parts égales des groupes CMA CGM et DP World. GMP est active dans la manutention de conteneurs au port du Havre.
45. Le chiffre d'affaires de la société s'est élevé à 138,5 millions d'euros en 2007 et à un peu plus de 142 millions d'euros en 2008.

D. LES PRATIQUES CONCERNEES

46. Deux types de pratiques ont été reprochés au cours de l'instruction : les pratiques mises en œuvre par Perrigault et TPO, d'une part, et les pratiques mises en œuvre par le Port Autonome du Havre (devenu le Grand Port Maritime du Havre) et les opérateurs de Port 2000, d'autre part.

1. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE PAR PERRIGAULT ET TPO

47. Avant de décrire les pratiques mises en œuvre par Perrigault et TPO qui ont été dénoncées par la société APMM dans sa saisine du 4 janvier 2008, il convient de rappeler les conditions dans lesquelles s'est opérée la création de l'entreprise commune TPO.

a) Rappel concernant la création de l'entreprise commune TPO

48. Comme il a été indiqué au paragraphe 21, le 30 octobre 2001, le PAH a publié un appel à candidatures pour l'attribution des terminaux à conteneurs de Port 2000. Des propositions émanant de partenariats entre des armateurs et des opérateurs locaux de manutention ont été retenues, à savoir les offres de Perrigault/APMM et de GMP/CMA CGM. Les autres propositions, notamment celle que Perrigault avait présentée en son nom propre, ont été écartées.
49. Le 16 novembre 2002, APMM et Perrigault ont signé un protocole d'intention avec le PAH. Par lettre en date du 5 mai 2004, APMM s'est engagée à garantir au terminal TPO un apport minimum de 235 000 EVP¹ sur la base du trafic de Mærsk Sealand, Safmarine et

¹ EVP : équivalent vingt pieds (unité conventionnelle de mesure des volumes de transport maritime).

VSA. Cette garantie de volume de trafic était portée à 265 000 EVP en cas de mise à disposition de TPO d'un troisième poste à quai.

50. Le 18 mai 2004, APMM et Perrigault ont signé un *Memorandum of Agreement* (ci-après le "MOA") formalisant leur coopération pour l'exploitation du terminal TPO.
51. Aux termes d'une clause dite de "non-concurrence", il est prévu dans le MOA que « *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 vis-à-vis de la clientèle de [TPO]* » (voir clause 4.3 du MOA, cote MC 101). Le MOA vise également, au titre des garanties de volume, l'engagement pris par APMM dans sa lettre du 5 mai 2004.
52. Comme il a été indiqué plus haut, la création de l'entreprise commune TPO a été notifiée, au titre du contrôle des concentrations, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie le 7 avril 2006. Dans la notification, il est précisé que l'entreprise commune exercera ses activités de manière autonome et indépendante et ne sera pas exclusivement dédiée aux besoins d'APMM. Les parties ont en effet prévu « *la possibilité d'offrir leurs services à des compagnies maritimes tierces* », et ont souligné que les avantages économiques attendus de la création de TPO incluent l'offre d'« *un meilleur service pour les clients du port, c'est-à-dire les chargeurs et armateurs* » (cote MC 77). La création de l'entreprise commune TPO a été autorisée par lettre du ministre en date du 10 mai 2006.
53. Le 13 novembre 2006, Mærsk Line a fait état à TPO d'« *estimations non contraignantes de volume* » pour la période comprise entre 2008 à 2010, inférieures aux objectifs annoncés durant les années antérieures, mais supérieures au volume garanti dans la lettre du 5 mai 2004 (cotes MC 3057-3058).
54. Le 20 février 2007, APMM, Perrigault et TPO ont signé un accord définissant la politique commerciale de TPO. Cet accord prévoit que « *[l]e terminal à conteneurs de TPO fonctionnera comme un terminal multi-utilisateurs. [...] [c'est] un opérateur de terminal indépendant, et il exécutera sa propre politique* », les signataires s'engageant à ce que TPO soit perçu en tant que tel, c'est-à-dire « *comme une option au même titre que les autres terminaux du Havre dans les yeux de ceux qui cherchent des capacités alternatives au Havre* » (cotes MC 392-394).
55. Comme il l'a été rappelé au paragraphe 39, l'activité de TPO a démarré au dernier trimestre de l'année 2007.

b) Les pratiques mises en œuvre par Perrigault et TPO

56. Les éléments du dossier révèlent que Perrigault et TPO se sont concertées en vue d'interdire à TPO de contracter avec des clients autres qu'APMM et de concurrencer ainsi les autres terminaux existants du port du Havre.

L'interdiction de principe faite aux terminaux de Port 2000 de concurrencer les terminaux existants du port du Havre

57. Dans sa décision de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence avait relevé que :
« *45. Il ressort de l'instruction que les comportements dénoncés reposent sur l'adoption d'un accord de principe selon lequel les activités créées par les terminaux de Port 2000 ne visent pas à concurrencer les terminaux existants du port du Havre. L'existence d'un tel accord est étayée par des éléments versés au dossier concernant des discussions qui ont*

été tenues courant 2005 entre les représentants des concessionnaires de Port 2000 d'une part, et la Fédération Nationale des Ports et Docks (FNPD) d'autre part.

46. En effet, il ressort de l'instruction que 17 réunions ont été organisées de février à décembre 2005 par l'Union Nationale des Industries de la Manutention (UNIM), syndicat patronal des industries de la manutention portuaire, en vue d'obtenir un accord sur la mise à disposition de personnels dans le cadre de la mise en exploitation des terminaux de Port 2000.

47. Selon les déclarations du délégué général de l'UNIM, ces réunions ont abouti à l'engagement, de la part des concessionnaires, selon lequel la mise en exploitation des terminaux de Port 2000 n'entraînerait pas de concurrence pour les anciens terminaux du port, puisque, "à la demande des syndicats du port autonome, il ne fallait pas "déshabiller Paul pour rhabiller Pierre", c'est-à-dire faire en sorte que les volumes traités par les nouveaux terminaux soient du "plus" et ne viennent pas vider les terminaux existants exploités par les opérateurs de la place : GMP, CNMP, et Terminaux de Normandie. Le délégué général de l'UNIM a ajouté que "les portiqueurs souhaitent obtenir l'engagement que les nouveaux terminaux ne prennent pas l'activité existante au seul prétexte qu'ils étaient financés par le privé et plus modernes que les terminaux anciens. Leurs interlocuteurs se situaient également dans cette perspective".

48. Cet accord de principe est étayé par d'autres éléments versés au dossier. Par exemple, un document communiqué au rapporteur par le délégué général de l'UNIM, daté du 30 mai 2005, intitulé "Négociation FNPD / Opérateurs – Armateurs" résume "[l]es commentaires [apportés par les opérateurs] aux positions de la FNPD", parmi lesquels figure la remarque suivante : "[l]es conventions d'exploitation de terminaux prévues au Havre ne visent en aucun cas à "vider de leurs trafics" les terminaux actuels, mais au contraire à favoriser le développement de trafics nouveaux dans le Port et contribuer à les désengorger. Préalablement à la signature des conventions d'exploitation des protocoles tripartites (PAH/Armateurs/Opérateurs) ont été signés pour garantir le maintien des activités dans les terminaux existants". ».

58. Le Conseil de la concurrence avait souligné que Perrigault ne contestait pas cet état de fait : *« interrogés en séance sur ce point, les représentants du groupe ont expliqué que l'idée selon laquelle les nouveaux terminaux ne visent pas à concurrencer les clients des terminaux préexistants du port découle des exigences des conventions d'exploitation de terminal, qui portent sur l'acquisition de volumes nouveaux »* (paragraphe 50).

L'interdiction de principe faite à TPO de concurrencer les terminaux existants du port du Havre

59. Dans le procès-verbal du conseil d'administration de TPO du 22 septembre 2005, il est indiqué que *« Sur une possibilité d'augmenter les revenus, le DGD [directeur général délégué] [de TPO] propose l'entrée de clients tiers (autres que [Mærsk Sealand] et VSA) à hauteur de 20 000 à 30 000 mouvements par an dès l'année 2. Les administrateurs du Groupe Perrigault ne partagent pas ce point de vue, considérant que les volumes Port 2000 sont des volumes nouveaux, qui ne peuvent donc être pris sur les trafics actuels, ce conformément aux règles édictées par les autorités publiques pour l'attribution des postes à quai. Au surplus, s'agissant de volumes TN, le MOA prévoit que le développement de TPO ne peut pas se faire au détriment de TN, et s'agissant de volumes tiers, TPO aurait beaucoup à perdre dans une guerre commerciale avec ses autres concurrents. Cette option est donc écartée par les administrateurs du Groupe Perrigault qui proposent par contre*

une augmentation des tarifs à appliquer à MSL, en précisant qu'ils n'ont toujours pas compris la position de blocage de MSL sur ce point » (cote 7459).

60. Lors d'un autre conseil d'administration de l'entreprise commune du 5 décembre 2006, à la suite de l'annonce par APMM de la réduction de ses prévisions de trafic, le président de TPO indiquait que l'entreprise commune ne pourrait pas développer son offre commerciale vis-à-vis 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 »* (traduction de l'anglais, cotes 566-568).
61. De même, une note intitulée « *Contexte/Chronologie de l'opération TPO* », datée du 24 janvier 2007, et saisie sur l'ordinateur du directeur général adjoint de TN, M. Y..., indique que « *sur le plan social, lors des négociations armateurs/opérateurs/syndicat portant sur la conduite des portiques sur Port 2000, et en réponse aux craintes régulièrement exprimées par le personnel de voir les trafics du port intérieur transférés sur Port 2000, les armements et opérateurs concernés ont confirmé à plusieurs reprises qu'il n'en serait rien, que le développement de Port 2000 ne se ferait pas au détriment du port intérieur. [...] Venir nous dire aujourd'hui que le terminal doit accueillir des volumes tiers notamment parce que cela figure dans la notification à la DGCCRF est particulièrement mesquin ; Perrigault n'ayant accepté la notification que pour le cas où il y aurait – par exception à la règle générale – des volumes tiers, de manière à ne pas exposer la JV au moindre risque légal (quand bien même ce risque était extrêmement lointain) »* (cotes 9783-9784).
62. Lors d'un conseil d'administration de TPO du 14 février 2007, les représentants d'APMM ont proposé l'adoption d'un document fixant la politique commerciale de l'entreprise commune. Dans la proposition d'APMM, il était prévu que TPO offrirait ses services à des clients tiers.
63. Cette proposition a fait l'objet d'une réunion avec les représentants de Perrigault et les dirigeants de TPO le 15 février 2007. Au cours de cette réunion, le directeur général délégué de Perrigault, M. X..., a considéré que la proposition d'APMM constituait « *un changement des "promesses" faites vis-à-vis de la place* ». Bien que les représentants d'APMM aient rappelé le caractère non-exclusif de TPO, le DGD de Perrigault a maintenu que « *tant que je n'ai pas l'avis du Syndicat, je ne change rien* ». Le président et directeur général (ci-après le "PDG") de TPO, M. Z..., a également souligné que « *la recherche de volumes tiers est le dernier maillon de la chaîne, lorsqu'on a épuisé le reste. C'est un point très touchy, donnons-nous le temps de vérifier que ça ne posera pas de problème. On n'en a pas besoin pour le [Business Plan]* ». Ce à quoi, un employé d'APMT Europe, M. A..., a répondu « *je ne suis pas d'accord. En novembre/décembre il est devenu clair que les volumes n'étaient pas là, peu importe ce que vous avez dit sur la confirmation, si vous aviez eu une politique commerciale, vous auriez eu la confirmation. On veut plus de volumes. On ne peut pas rester assis et attendre. Il y avait des volumes tiers* » (cotes 9819-9834).
64. L'adoption d'une politique commerciale pour TPO le 20 février 2007, réitérant l'ouverture de l'entreprise commune aux clients tiers, n'a pas remis en cause l'opposition de Perrigault et de TPO sur ce point. Ainsi, dans une lettre adressée par Perrigault à APMM le 17 avril 2007, il est indiqué : « *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 vis-à-vis 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* » (cotes 9790-9792).

65. Le 11 octobre 2007, Perrigault a notifié à TPO une liste des « *clients Perrigault des 12 derniers mois* » entrant, selon elle, dans le champ d'application de la clause de non-concurrence prévue dans le MOA (cote MC 405). Vingt armateurs figurent sur cette liste.
66. Perrigault estime que « *la clause de non-concurrence [...] ne se limite pas qu'à des clients de Perrigault* » (cote MC 4094). Elle considère ainsi que la clause de non-concurrence s'applique à tout armateur qui a été facturé par Perrigault durant la période concernée, même pour des lignes faisant escale sur des terminaux concurrents du port du Havre.
67. Toujours par lettre du 11 octobre 2007 adressée à APMM, M. X..., l'administrateur de TPO (et également DGD de Perrigault SA), a 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* ».
68. Le lendemain, TPO a confirmé cette interprétation et donné des instructions pour qu'elle soit appliquée. Ainsi, 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* » (cote MC 406).
69. Par courrier du 22 octobre 2007, le vice-président 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 APM Terminals 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* ». Le vice-président d'APMT a par ailleurs précisé ne pouvoir accepter les prétentions de Perrigault que « *pour [les services] faisant escale aux terminaux de TN* » (cotes MC 405 et 5108-5109).
70. Durant le conseil d'administration de TPO en date du 8 novembre 2007, le PDG de l'entreprise a estimé que « *[...] Port 2000 ne doit pas trouver son développement dans une*

démarche commerciale sur les terminaux intérieurs. Il a été prévu que les candidats retenus pouvaient amener leurs volumes intérieurs afin de ne pas contrarier une bonne organisation du transport maritime. Mais ceci s'applique bien sûr pour terminal de Port 2000 et pour les associés de ce terminal. Il n'est donc pas possible par exemple que nous prenions la clientèle actuelle intérieure de CMA » (cotes 789-790).

71. Par lettres du 27 novembre 2007, le vice-président d'APMT, M. B..., a contacté les compagnies maritimes OOCL, APL, NYK, Yang Ming, K Line, Hanjin, et United Arab Shipping Company. Par ces lettres, dont les termes sont identiques, le vice-président d'APMT a informé les armateurs de la mise en service imminente de TPO. Il a précisé 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 » (traduction de l'anglais, cotes 267-286). Les lettres indiquent encore que les personnes à contacter dans ce but sont le PDG et le DGD de TPO.
72. Par lettre du même jour, un dirigeant de Perrigault a écrit au vice-président 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 escale à TPO » (cotes 264 et 708). 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. Il a également précisé que toute offre émanant des représentants d'APMM ou du DGD de TPO serait nulle (cotes MC 437, 862, 933, 941 et 957). 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 » (cote 263).
73. Lors du conseil d'administration de TPO du 12 décembre 2007, les administrateurs d'APMM ont constaté l'absence d'action commerciale de la part de l'entreprise commune, en expliquant que « le défaut de mise en œuvre 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 sous-contractant 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 » (cote 300). Les administrateurs de Perrigault considéraient, quant à eux, qu'« [i]l 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 » (cote 295).
74. Enfin, au cours d'un conseil d'administration du 2 décembre 2008, le PDG de TPO a indiqué « qu'il ne lui appartient aucunement d'interpréter les termes de la liste établie le 11 octobre 2007 par Perrigault indiquant les clients que celui-ci considère protégés au titre de la clause de non concurrence ».

L'application extensive de la clause de non-concurrence

75. L'instruction a relevé que, dans trois cas, TPO n'a pas donné suite à des demandes commerciales provenant d'armateurs qui n'étaient pas des clients de Perrigault, à savoir

VSA Grand Alliance représenté par NYK Line, l'Orient Overseas Container Line (ci-après l'"OOCL"), et VSA Southern Africa Europe Container Service (ci-après le "SAECS").

L'exemple de Grand Alliance via NYK Line

76. A l'occasion d'échanges par courriers électroniques en date des 5 octobre, 11 octobre et 2 novembre 2007, NYK Line a demandé au DGD de TPO la communication du barème de prix du terminal (cotes MC 867-871 et 5130-5134). Il ressort des déclarations de NYK Line que sa demande portait alors sur les volumes transportés "en slot" sur les navires d'APMM, désormais appelés à faire escale au terminal TPO ainsi que sur les volumes du VSA Grand Alliance, dont les escales ont lieu aux terminaux de GMP et CNMP, qui sont des concurrents de Perrigault au port du Havre (cote MC 3514).
77. Le 12 novembre 2007, le DGD de TPO a rendu compte au PDG des sollicitations de NYK Line (cotes MC 870-872 et 5133-5135).
78. Par courrier électronique en date du 13 novembre 2007, le PDG de TPO lui a répondu que, sur ce point, il convenait de se référer à la note interne du 12 octobre 2007 et d'attendre la réunion « *entre les avocats des partenaires* » (cote MC 407). Il s'avère que la note interne en question interdit l'établissement de relations commerciales avec les "*clients*" de Perrigault.
79. En l'absence de réponse de la part de TPO, NYK Line a déclaré avoir conservé ses relations commerciales avec GMP et CNMP (cote MC 3514).

L'exemple de l'OOCL

80. Par courrier électronique en date du 15 octobre 2007 adressé au responsable commercial d'APMT, M. M..., le directeur général d'OOCL a indiqué « *pour examen par GA [Grand Alliance], nous aimerions avoir des informations de votre part sur ce qui suit : informations sur TPO, quelle capacité (et quel créneau de poste à quai) deviendra disponible et à partir de quand, proposition de prix* » (cote 5120).
81. Le 12 novembre 2007, le DGD de TPO a prévenu le PDG en ces termes : « *Grand Alliance prévoit d'ouvrir un nouveau service Europe/Extrême Orient et envisage de faire escale au Havre. Leur principale compagnie pour le Havre est OOCL et le Capitaine Chan de leur bureau d'Hambourg nous a invités à venir pour faire une présentation générale de TPO et lui remettre un devis pour ce nouveau service dès que possible. Je pense que vous et moi devrions saisir cette occasion et faire le nécessaire pour le voir immédiatement. Je vous prie donc de bien vouloir en informer le conseil d'administration et obtenir son accord pour cette visite* » (cotes MC 859 et 5122).
82. En réponse à un questionnaire adressé par le rapporteur, OOCL a indiqué : « *les services de TPO auraient pu être considérés pour les besoins de lignes escalant au Havre soit à GMP, soit à CNMP* » (cote MC 3517).
83. Par courrier en date du 27 novembre 2007, TPO a indiqué à OOCL qu'APMM n'était pas habilitée à négocier en son nom. Par courrier électronique adressé au PDG de TPO le 29 novembre 2007, OOCL a noté comprendre « *que TPO communiquera aux lignes GA les informations demandées conformément à notre courriel du 15 octobre lorsqu'ils seront en mesure de le faire* » (cote 5126).
84. D'après les affirmations d'OOCL, « *aucune offre ne nous est parvenue, et nous n'en attendons plus* » (cote MC 3517).

L'exemple de SAECS et Mitsui OSK Lines

85. Par lettre en date du 8 octobre 2007, Mærsk France a communiqué au PDG de TPO l'identité des partenaires d'APMM dans les VSA faisant escale au port du Havre et devant faire l'objet d'un transfert à TPO. Cette liste incluait le SAECS, un VSA faisant escale au port du Havre au terminal de CNMP, composé des armateurs Asia Pacific Maritime, Deutsche Afrika-Linien, APMM et Mitsui OSK Lines.
86. Le PDG de TPO a répondu à Mærsk France par lettre du 27 novembre 2007, en expliquant : « *nous ne pouvons pas avoir des relations directes avec les clients du Groupe Perrigault. Quelques unes des compagnies énumérées sont concernées. Nous nous organiserons en conséquence* » (cotes MC 965-966 et 5230-5231). Parmi ces armateurs, figure en effet Mitsui OSK Lines qui est membre du VSA New World Alliance, dont l'escale au Port du Havre s'effectuait sur le terminal de TN et qui figurait sur la liste communiquée par Perrigault le 11 octobre 2007.
87. Selon les déclarations du DGD de TPO, M. C..., « *TN a donc accepté que, dans le cadre du transfert des volumes SAECS à TPO, DAL devienne un client direct de TPO mais a entendu imposer que les volumes de MOL soient en revanche sous-traités pour le compte de TN. Nous nous y sommes opposés : le fait que MOL soit client de TN pour la ligne Asie du VSA NWA ne justifie aucunement que le passage à TPO de la ligne Afrique du Sud du VSA SAECS, escalant préalablement chez CNMP, fasse l'objet d'une sous-traitance par TN* » (cote 5014).
88. SAECS a donc maintenu son escale sur le terminal de CNMP.

La sous-traitance d'escales de lignes pour le compte de TN

Les raisons du recours à la sous-traitance

89. Dans le cadre de l'accord du 27 février 2007 définissant la politique commerciale de TPO, il est prévu que : « *dans le cas où des terminaux de Perrigault seraient dans l'impossibilité d'opérer ses clients existants et souhaterai[en]t établir un sous-contrat d'opération pour ses clients existants avec TPO, soit sur une base ad hoc ou sur une base plus longue avec des fenêtres fixées, TPO accepterait de le faire dans ses fenêtres disponibles. Ces clients garderaient leur contrat avec les terminaux de Perrigault qui en retour établirait un sous-contrat avec TPO. Bien que les accords stipulent que Mærsk Line doive bénéficier du meilleur taux offert par TPO à ses clients, le groupe APMM a accepté que TPO offre les mêmes taux aux terminaux de Perrigault quand il agit en sous-traitant. De plus, TPO paiera aux terminaux de Perrigault une compensation administrative de 1.5€ par mouvement pour les navires sous-traités* » (cote 394).
90. Par lettre en date du 11 octobre 2007, le DGD de Perrigault SA a indiqué à APMM : « *votre demande de promouvoir l'activité de TPO et d'attirer des volumes complémentaires est bien le constat du manque de volume du groupe APM Maersk et se heurte à des impossibilités de droit et à des difficultés dont nous pensons que vous n'appréciez pas justement la réalité. [...] Nous devons dès lors vous rappeler les fondamentaux de nos accords et vous démontrer que l'approche que vous préconisez n'est tout simplement pas possible. Il en va ainsi de la recherche d'une clientèle extérieure [...]. Par ailleurs, 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, et il est impossible de mettre en danger ou de porter gravement préjudice à notre joint venture par de tels agissements à tout le moins contraires aux fondamentaux de l'appel à intérêt lancé en 2001 visant le développement de nouveaux trafics pour le port du Havre.*

Par voie de conséquence, la recherche de client tiers [...] est donc parfaitement inadaptée à la problématique posée par votre défaut de volume. En effet, votre défaillance en matière de trafic nous oblige à rechercher rapidement une part très substantielle de volumes additionnels justifiant la levée de l'option relative au 3^{ème} poste à quai [...]. Dans la logique de nos accords, nous ne devrions donc pas demander le 3^{ème} poste à quai. Cependant il est essentiel de préserver l'avenir de TPO et de ne pas lui fermer la possibilité de bénéficier pour son principal client d'un terminal à 4 postes comme ses voisins. [...] [L]a seule possibilité cohérente, crédible et présentant immédiatement pour TPO/SETPO toutes les garanties requises [consiste à permettre] à Perrigault de traiter sur TPO de manière juridiquement fondée des volumes significatifs [en tant que sous-exploitant du terminal] [...] » (cotes MC 395-399).

91. Cependant, dans un courrier adressé à un dirigeant de Perrigault en date du 23 novembre 2007, un représentant d'APMM a relevé que « *[l]a question principale à laquelle nous devons trouver une solution urgemment concerne les modalités de contact et de contractualisation avec les clients potentiels de TPO [...]. Nous sommes déçus de ce que vos actions et courriers semblent indiquer que vous ne soutenez pas entièrement la politique commerciale TPO dont nous avons convenu en février 2007, et que vous avez voulu n'appliquer que les éléments qui profitent au Groupe Perrigault, comme les dispositions de sous traitance pour des clients existants au Terminal de Normandie (« TN »). Il était convenu lors de nos négociations en février que cette disposition concernait la période de rénovation de TN qui durerait de 1 à 2 ans et au cas par cas pour les plus grands navires de MSC ne pouvant pas passer par l'écluse. Nous n'avons pas connaissance qu'une quelconque rénovation ait été lancée à TN, et nous pensons que la sous-traitance demandée par TN n'est pas causée par leur incapacité à traiter les services en question. Par conséquent, nous ne sommes plus en face d'une mesure provisoire causée par la rénovation de TN, mais d'une mesure permanente, ce qui n'a jamais été l'intention. Le résultat d'une telle action et le fait que le Groupe Perrigault empêche concrètement TPO de contracter librement avec des clients potentiels serait de changer la nature « full function » de notre joint-venture que nous avons notifiée aux autorités de compétition » (cote 773).*

Le recours à la sous-traitance en pratique

92. Le tableau suivant récapitule les lignes sous-traitées par TPO pour le compte de TN depuis la mise en service du terminal. Il identifie également la société avec laquelle les relations commerciales sont établies ainsi que le terminal d'escale des lignes concernées durant les douze mois précédant leur transfert à TPO :

Tableau n° 1 – Lignes sous-traitées par TPO pour le compte de TN

Armateurs	Ligne	Relation commerciale avec TPO	Relation commerciale avec TN	Durée de la sous-traitance	Terminal d'escale durant les 12 mois précédant le transfert à TPO
APMM, CMA CGM et APL	TA3	APMM et CMA CGM	APL	Depuis déc. 2007	TN jusque fin déc. 2006 puis CNMP
APMM, APL, NYK Line, MOL et MSC	TA4	APMM	APL, NYK Line, MOL et MSC	Déc. 2007 à mai 2008	CNMP
Hanjin et UASC	CNX	Aucune	Hanjin et UASC	Nov. 2008 à janv. 2009	Aucun
APL, Hyundai et MOL	JEX	Aucune	APL, Hyundai et MOL	Depuis janvier 2008	TN
Cosco, K Line, Yang Ming et Hanjin	AEX	Aucune	Cosco, K Line, Yang Ming et Hanjin	depuis mai 2008	TN

93. L'instruction a porté plus particulièrement sur la sous-traitance des lignes TA4 d'une part, et JEX d'autre part.
94. Ainsi, lorsque les lignes TA3 et TA4 ont été transférées à TPO, TN a indiqué à TPO, par lettre du 4 décembre 2007 : « *L'armement Maersk va faire escaler ses navires au quai de TPO et les slots portés par ces navires comprennent des armements clients de notre société. Nous conserverons donc nos relations contractuelles avec nos clients et nous facturerons ceux-ci de leurs activités. Vous serez aimable en conséquence de bien vouloir nous adresser vos factures pour cette sous-traitance* » (cote 775).
95. Cette politique a été appliquée à la ligne TA4, qui faisait pourtant escale au terminal de CNMP depuis le mois de mars 2006, soit vingt et un mois avant son transfert à TPO en décembre 2007. Aucune relation contractuelle pour l'exploitation de cette ligne n'était donc établie entre Perrigault et les armateurs concernés durant les douze mois précédant leur arrivée à TPO.
96. Par ailleurs, les éléments au dossier démontrent que le transfert de la ligne JEX de NWA à TPO a également empêché TPO de proposer son offre commerciale à des clients potentiels.

97. En effet, avant son transfert à TPO, la ligne JEX faisait escale au port du Havre sur le terminal de TN. Elle occupait une fenêtre du samedi 22 h au lundi 6 h. Or, les armateurs Hanjin et UASC ont créé en commun à la fin de l'année 2007 une nouvelle ligne intérimaire Asie/Europe, dite "CNX" et ont alors recherché une escale au port du Havre pour la fenêtre samedi 6 h au dimanche 6 h. Ainsi, les fenêtres des lignes JEX et CNX se chevauchaient.
98. Au port du Havre, UASC et Hanjin ont sollicité plusieurs manutentionnaires. Ils se sont d'abord adressés à TN. Comme en atteste un courrier électronique en date du 3 octobre 2007, UASC a également entamé des négociations avec GMP et TPO. Un compte-rendu indique en effet qu'UASC a visité le terminal de TN le 1^{er} octobre 2007 en vue d'obtenir une cotation pour la manutention de la ligne CNX. Il est ainsi indiqué que « *TN a remis un taux [d'un certain montant] pour Asie-Osaka [le terminal de TN]. A la question TPO, TN aurait répondu qu'il n'est pour l'instant pas en mesure de fixer une solution, mais que si UASC était intéressé, le taux serait majoré* » (cotes 1480-1481 et 7689-7690).
99. Par courrier électronique en date du 30 novembre 2007, un représentant d'UASC, M. D..., a demandé aux PDG et DGD de TPO « *de bien vouloir nous indiquer si une fenêtre d'accostage serait disponible pour la ligne hebdomadaire temporaire qu'UASC assure avec Hanjin, dont l'escale est programmée au Havre à compter du samedi 22 décembre 2007, du samedi 6h00 au dimanche 6h00* ». N'ayant reçu aucune réponse de la part de TPO, cette demande a été renouvelée par courrier électronique du 10 décembre 2007 (cotes MC 420 et MC 979).
100. Or, le transfert en sous-traitance de la ligne JEX de TN à TPO a été effectué de manière concomitante à ces demandes d'UASC. Les éléments au dossier établissent que les négociations entre NWA et TN pour ce transfert se sont déroulées, à l'initiative de TN (cote 685), du 17 octobre au 19 novembre 2007, c'est-à-dire après que UASC avaient manifesté à TN son intérêt pour TPO.
101. A la suite du remplissage par la ligne JEX de la fenêtre requise au terminal de TPO, le PDG de l'entreprise commune a finalement répondu aux sollicitations d'UASC le 11 décembre 2007 en expliquant que « *comme nous vous l'avons indiqué auparavant, TPO SA étant une entreprise du même groupe que TN, elle ne peut pas faire d'offres directes aux clients de cette dernière. En ce qui concerne la relation avec TN, je pensais que vous aviez déjà été informé par Didier E... [directeur commercial de TN] qu'il n'y a à ce jour aucune capacité disponible chez TPO le samedi et le dimanche. A partir du 22 décembre 2007, c'est avec plaisir que nous nous chargerons des services de manutention pour votre ligne commune avec Hanjin au Terminal de Normandie* ». Dans sa réponse, UASC a renouvelé son intérêt pour TPO et a demandé à être informé en cas de libération de capacité (cotes MC 419-420 et MC 978-979).

2. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE PAR LE PORT AUTONOME DU HAVRE ET LES OPERATEURS DE PORT 2000

102. Les pièces du dossier révèlent que, lors de trois réunions tenues en juillet et octobre 2006, TPO, Perrigault, TNMSC, GMP, CMA CGM, APMM et le PAH (devenu le GPMH) se sont concertés pour la répartition des postes à quai à Port 2000.

a) Les échanges préliminaires aux réunions de juillet et octobre 2006

103. Certains éléments du dossier attestent de l'existence de contacts entre TPO, Perrigault, GMP, APMM, et le PAH préalablement aux réunions de juillet et octobre 2006.
104. Ainsi, par un courrier électronique en date du 2 janvier 2006 adressé à des représentants d'APMM et de Perrigault, le DGD de TPO, M. C..., fait état des contacts pris avec GMP concernant la répartition des postes à quai à Port 2000 : « *suite à des réunions avec notre voisin GMP et avec le port, nous comprenons que GMP demandera probablement de se voir attribuer son 3^{ème} poste à quai vers la fin du printemps 2006. GMP a poussé le port à changer l'agencement général de Port 2000 de 4 opérateurs détenant chacun 3 postes à quai à 3 opérateurs avec chacun 4 postes à quai. Ceci est conforme à notre opinion et il semble que le port convient également que c'est ce qu'il convient de faire. [...] Dans cette attente, nous devrions remettre à jour notre version du terminal avec les postes 1, 6, 7 (et peut-être aussi 8) » (traduit de l'anglais, cotes 1856, 10669 à 10670).*
105. Le 11 juillet 2006, le DGD de TPO a communiqué, par courrier électronique, au PDG et aux administrateurs de TPO représentant Perrigault, un « *document préparatoire pour la conférence Yalta* » (cotes 10671 à 10676 et 1856). Selon les déclarations du DGD de TPO recueillis lors d'une audition, la "*conférence Yalta*" visait une réunion prévue le 12 juillet 2006 avec le PAH et les concurrents de TPO (cote 6278).
106. Le document préparatoire pour la "*conférence Yalta*", intitulé « *2006-07-12 Yalta.ppt* » évoque la nécessité d'« *obtenir une visibilité sur une possible future extension vers 4 postes à quai au lieu de 3* ». Le document mentionne également qu'« *il ne faut pas accepter de changer les postes 2 + 1 + 6 équivalents à une surface de 45,5 ha contre les postes 1 + 6 + 7 qui équivalent ensemble à 42,5 ha, sans avoir une option sur le poste 8* » (cotes 6278 et 10671 à 10676).
107. Lors d'une audition, le DGD de TPO a expliqué que l'utilisation du terme « *Yalta* » visait à « *alerter les administrateurs de TPO représentant Perrigault de l'importance de la réunion, que c'était une question structurante pour les trente prochaines années. La question de la distribution des postes à quai était structurante pour l'avenir* » (cote 6278).

b) Les réunions de juillet et octobre 2006

La réunion du 12 juillet 2006

108. Il résulte du compte-rendu de la réunion du 12 juillet 2006, établi par les représentants du PAH, que celle-ci avait pour objet l'« *affectation des postes à quai de Port 2000* » (cotes 6781, 9762-9766 et 9744-9748) et qu'elle s'est tenue en présence de M. F..., directeur général du PAH, accompagné de plusieurs cadres de l'établissement portuaire ; de M. G..., PDG de GMP; de M. X..., à la fois, DGD de Perrigault SA, PDG de TN, président du conseil d'administration de TNMSC et administrateur de TPO ; de M. Z..., à la fois, directeur de Perrigault SA, directeur général de TN et de TNMSC et PDG de TPO, de M. Y..., directeur général adjoint de TN et administrateur de TPO, et de M. C..., DGD de TPO.
109. Selon ce même compte-rendu, lors de la réunion, les participants se sont accordés sur la nécessité d'étendre la surface de leurs terminaux respectifs. Ils se sont également mis d'accord sur leur demande d'attribution d'un quatrième poste à quai (les graphiques

représentés ci-dessous intitulés "visuels" sont ceux qui ont été présentés lors de la réunion du 12 juillet 2006) :

« J.M. F... ouvre la réunion en remerciant les participants dont il attire l'attention sur la nécessité de faire émerger un consensus relatif à la future répartition des postes à quai de Port 2000, au delà de l'horizon 2007, de manière à pouvoir présenter un dossier solide et convaincant aux tutelles (soulignement ajouté) [...]».

J.Y. H... présente la situation actuelle des terminaux à Port 2000 (visuel 1) ainsi que celle que l'on pourrait envisager à partir de l'horizon 2012 (visuel 2).

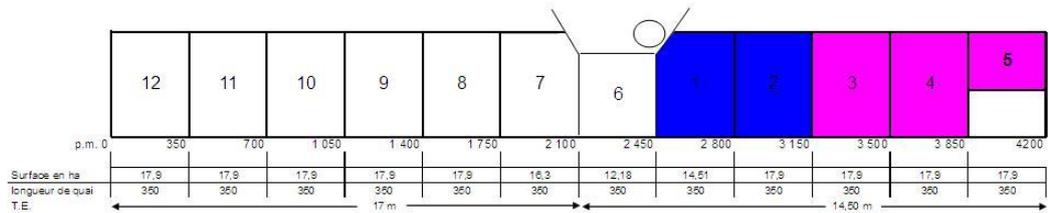
Visuel 1

PORT 2000 SCHEMA DES POSTES A QUAI

12 postes
(caractéristiques et trafic en EVP)

DOCUMENT DE TRAVAIL
NON CONTRACTUEL

SITUATION DE BASE
conformément aux CET
(2e semestre 2007)



Terminaux		350	350	350	350	350	350	700	700	350
longueur de quai		350	350	350	350	350	350	700	700	350
surface		17,9	17,9	17,9	17,9	17,9	16,3	12,18	(14,51 + 17,9) = 32,41	(17,9 + 17,9 + 8,22) = 44,02
trafic de référence									190	240
objectif de trafic 1ère phase									430 000	645 000
déla	géné-civil									
	OS									
	achèvement									
	T.P.								octobre 2007	mars 2006
équipement	portiques								octobre 2007	mars 2006

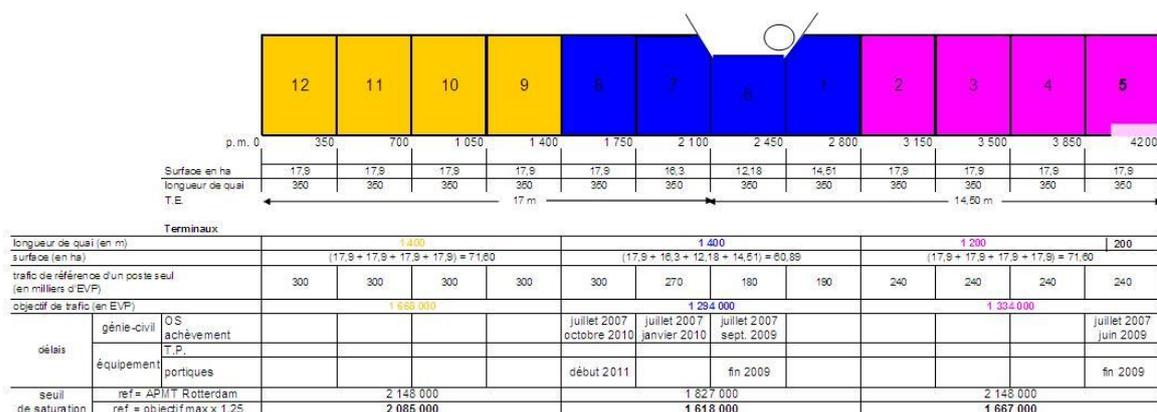
Visuel 2 :

PORT 2000 SCHÉMA DES POSTES A QUAÏ

12 postes
(caractéristiques et trafic en EVP)

(2012 +)

DOCUMENT DE TRAVAIL
NON CONTRACTUEL



Légende : : GMP ; : TPO ; : TNMSC ; : quais non attribués.

Cette deuxième situation constitue la phase ultime et cela suppose que l'on travaille sur la façon de passer de l'une à l'autre.

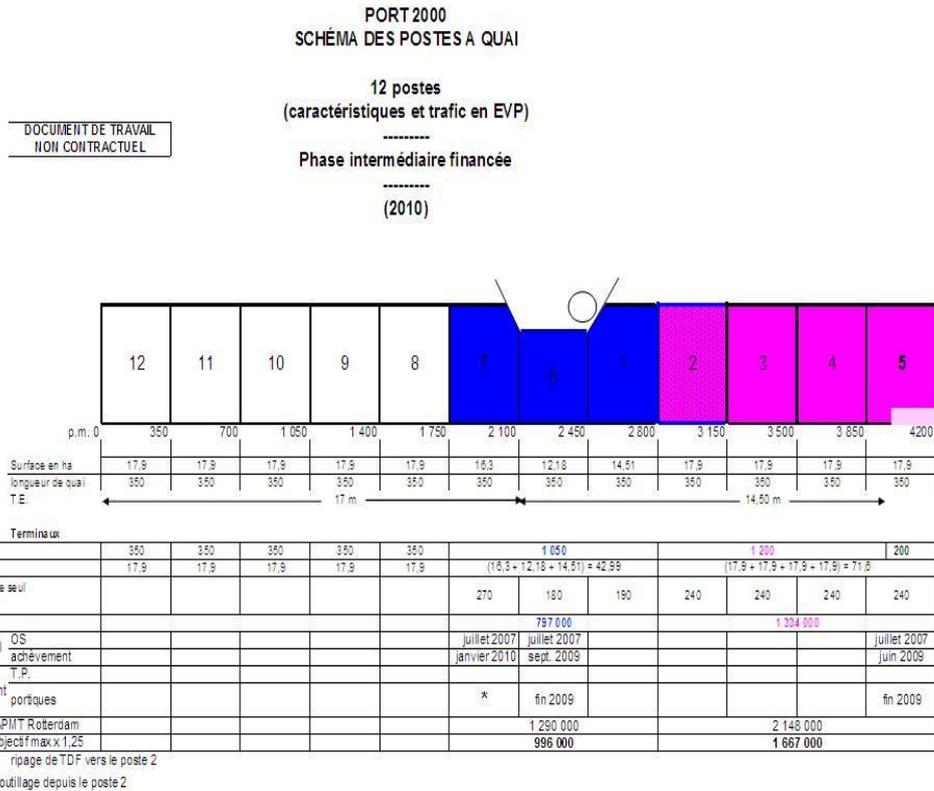
[...] Ch. Z... remarque que la présentation d'une organisation de Port 2000 avec 3 opérateurs disposant de 4 postes permet l'accès d'un 3^{ème} opérateur déjà présent au Havre dont le besoin est aussi de 1 400 m. Si cet armateur n'était pas retenu dans ce schéma on devrait revenir à une organisation à 4 fois 3 postes.

J. X... complète en observant que l'évolution du marché montre qu'il n'y aura pas, dans les années qui viennent, de nouvel armateur de taille mondiale. La répartition doit donc tenir compte des armateurs existants.

J.C... se dit en accord avec l'analyse de J.Y. H... et indique que L. I... a confirmé très clairement que l'objectif de Maersk correspond à un besoin de 4 postes à quai.

[...] J.Y. H... présente une situation intermédiaire de la répartition des terminaux (visuel 3) qui correspond à l'ensemble des postes pour lesquels le financement pourrait être obtenu à brève échéance.

Visuel 3 :



[...] Ch. Z... suggère que le Port finalise le dossier de l'affectation des postes « jaunes » (9 à 12) pour conforter la répartition en terminaux à 4 postes.

J.M. F... remarque que c'est un sujet distinct de celui d'aujourd'hui et qu'il sera évoqué ensemble sur la base d'une réflexion en matière de financement.

[...] Il est convenu que les visuels présentés seront transmis aux participants pour permettre la demande, par courrier, de disposer de 4 postes à quai avant que des protocoles soient établis pour contribuer à la constitution du dossier qui sera présenté à Paris » (soulignement ajouté) (cotes 6780-6784).

110. Les participants à la réunion du 12 juillet 2006 ont ensuite rendu compte en interne de leurs discussions.
111. Ainsi, par courrier électronique en date du 12 juillet 2006, le PDG de GMP a expliqué aux représentants de ses deux sociétés mères, CMA CGM et DP World : « J'ai eu une nouvelle réunion cet après-midi avec le PAH à propos des 4 postes à quai sur TDF. Participaient TPO (APMT & TN). Le projet est en très bonne voie, même si TN fait de l'attribution des quatre derniers postes (9 à 12) à TNMSC une condition de son accord (APMT est de notre côté dans ce projet). Le PAH doit m'adresser très vite le CR que je vous transmettrai. A ce jour on peut penser que nous aurons les quatre postes en 2010 et l'extension du troisième pour 150 ml [i.e., 150 mètres linéaires] en 2009 ». Le PDG de GMP a également demandé

à CMA CGM de tirer les conséquences de cet état de fait et d'appuyer la candidature de GMP pour un troisième et un quatrième poste à quai (cote 9735).

112. Par lettre en date du 21 juillet 2006 adressée à GMP, avec copie à la CMA CGM et à TPO, le directeur général du PAH a, quant à lui, expliqué « [...] *j'ai bien noté qu'une orientation générale retenait particulièrement l'attention, à savoir, à terme, une organisation de l'espace basée sur la présence de trois opérateurs disposant chacun de 1 400 m de quai. Une telle organisation constitue un nouveau virage stratégique important dans la gestion du dossier Port 2000 et nécessitera, d'une part, un accord de principe des tutelles et, d'autre part, l'établissement d'un planning précis [...]* » (cotes 9749 à 9752).
113. Par courrier électronique en date du 24 juillet 2006, TPO a présenté à Perrigault et à APMM une analyse des mérites respectifs des alternatives d'allocation des postes à quai de Port 2000 évoquées lors de la réunion du 12 juillet 2006. Cette analyse, qui fait référence à cette réunion par la mention « *conférence de Yalta* », conclut que « *l'option B (en déclarant le 3^{ème} poste et en sécurisant l'option pour un 4^{ème}) est la bonne solution* » (cotes 9848-9851 et 9855-9858). Par ce même courrier électronique, TPO enjoint à ses sociétés mères d'en tirer les conséquences en demandant à la branche armatoriale d'APMM d'appuyer la candidature de TPO par des engagements de volumes supplémentaires.
114. Enfin, les conséquences à tirer de la concertation du 12 juillet 2006 ont fait l'objet de discussions lors du conseil d'administration de TNMSC du 19 octobre 2006. En effet, à cette occasion, le président du conseil d'administration de la société a précisé « [...] *compte tenu des réunions auxquelles ont participé les opérateurs et armateurs intéressés par Port 2000, il conviendrait, pour TNMSC de confirmer son intérêt pour 3 ou 4 postes sur la future extension de Port 2000, ceci venant dans la suite logique des contacts entre MSC Genève et le PAH* » (cote 9948).

La réunion du 19 octobre 2006

115. Une nouvelle réunion, dont l'objet fixé par le PAH était la « *répartition des postes à quai à Port 2000* », a été organisée le 19 octobre 2006 (cote 9753). Cette réunion s'est tenue en présence du directeur général du PAH, M. F..., accompagné de plusieurs cadres de l'établissement portuaire ; de M. G..., PDG de GMP ; de M. Z..., à la fois, directeur de Perrigault SA, directeur général de TN et de TNMSC et PDG de TPO, de M. Y..., directeur général adjoint de TN et administrateur de TPO, et de M. C..., DGD de TPO. Étaient également présents le directeur de Mærsk France et l'administrateur de TPO, M. I..., ainsi que le directeur central groupe logistique de CMA CGM, M. J....
116. Au cours de cette réunion, les opérateurs et les représentants de l'établissement portuaire se sont concertés sur l'affectation entre TNMSC, TPO et GMP des postes à quai durant la deuxième phase de Port 2000, c'est-à-dire durant la situation intermédiaire au cours de laquelle huit à neuf postes à quai seraient disponibles, dans l'attente de la construction des trois derniers postes.
117. Il ressort du compte-rendu de la réunion établi par le PAH que, lors des discussions, le PAH a présenté la répartition qui serait retenue « *à défaut d'un accord entre les opérateurs* » (cote 6769). Cette répartition, qui prévoyait d'attribuer deux postes à quai à TPO et trois postes à quai à GMP et à TNMSC a soulevé l'opposition de M. Z... (directeur de Perrigault SA, directeur général de TN et de TNMSC et PDG de TPO). En effet, celui-ci estimait que « *la logique c'est plutôt 3, 3, 3* » (cotes 507-509) et préconisait une répartition intermédiaire de l'espace correspondant à trois postes à quai par terminal.

118. Les notes manuscrites prises lors de la réunion par le directeur général adjoint de TN et l'administrateur de TPO, M. Y... (cotes 507 à 509) font référence à la réunion du 19 octobre 2006 sous l'intitulé « *Yalta 2* ». Elles établissent que le directeur général du PAH a demandé aux opérateurs de s'entendre dans les termes suivants : « *Chercher la possibilité de répartir l'espace des 9 postes entre vous, moi je prends ce que vous proposerez. Chercher à vendre à notre tutelle le poste 10, leur prouver qu'il y a des volumes en face. Il ne s'agit pas de bluff/de vent. Je veux, je veux ça ne suffit pas. Ne pas stériliser l'espace. Il faut de vrais engagements. Donc je veux des lettres, pas du blabla* » (cotes 507-509).

La réunion du 26 octobre 2006

119. Une dernière réunion, dont l'objet fixé par l'établissement portuaire était la « *répartition des postes à quai à Port 2000* » (cote 9771), a été organisée le 26 octobre 2006. Cette réunion s'est tenue en présence du directeur général du PAH, M. F..., accompagné de plusieurs cadres de l'établissement portuaire ; de M. G..., PDG de GMP ; de M. Z..., à la fois, directeur de Perrigault SA, directeur général de TN et de TNMSC et PDG de TPO, de M. Y..., directeur général adjoint de TN et administrateur de TPO, et de M. C..., DGD de TPO. Etaient également présents M. X..., à la fois, DGD de Perrigault SA, PDG de TN, président du conseil d'administration de TNMSC et administrateur de TPO et M. K..., directeur des projets portuaires, des dépôts, de l'entretien et de la réparation des équipements de Mærsk France.
120. Le contenu des discussions ressort du compte-rendu de réunion dressé par le PAH et des notes manuscrites prises par le directeur général adjoint de TN et administrateur de TPO M. Y.... Dans ses notes, ce dernier désigne la réunion du 26 octobre 2006 sous l'intitulé « *Yalta 3* » (519-520).
121. Au cours de la réunion du 26 octobre 2006, les participants ont confirmé l'accès de chaque opérateur de manutention à un quatrième poste à quai et ont défini les critères d'attribution de ce dernier.
122. Ainsi, s'agissant de la dernière phase de Port 2000, en réponse à la demande du DGD de TPO, M. C... « *que soit précisée la notion d'objectif de volume pour l'attribution d'un 4^e poste* », le directeur de l'outillage du port a expliqué que « *les CET seront respectées avec les objectifs qui y sont prévus et que les objectifs qu'il vient d'évoquer [c'est-à-dire « l'exploitation optimisée des 3 premiers postes »] sont bien à considérer comme des critères d'attribution d'un 4^e poste à quai* » (cotes 6769-6773).
123. S'agissant de la deuxième phase de Port 2000, à la suite des discussions, le directeur général du PAH, M. F..., « *indique qu'il comprend que les opérateurs peuvent s'accorder sur un schéma du type (3) + (3) + (2+1 à terme)* » (cotes 6769-6773), ce qui a été confirmé par les opérateurs TPO et GMP déclarant leur intention d'exercer leur option pour un troisième poste à quai dans la phase intermédiaire de Port 2000.

c) Les constatations postérieures aux réunions de juillet et octobre 2006

124. Le 17 novembre 2006, les responsables de l'établissement portuaire ont expliqué lors de leur conseil d'administration : « [...] *il ressort clairement des échanges avec les armements et opérateurs concernés par Port 2000, que le PAH doit pouvoir offrir, à l'horizon 2010, dans le cadre de la 2^{ème} phase de Port 2000 : au moins 3 postes à quai à TDF [...], 3 postes à quai à TPO [...], au moins 3 postes à quai pour MSC [...]. [...] Cette répartition, conforme aux CET en vigueur [...] devra s'accompagner de 2 dispositions*

complémentaires importantes : il conviendra de préparer la 3^{ème} phase de Port 2000, où chacun des opérateurs pourrait être susceptible d'obtenir un poste à quai supplémentaire et de conditionner l'existence de ce quatrième poste à un objectif ambitieux de trafic [...]. A terme, Port 2000 mettrait à disposition de chacun des 3 opérateurs, 4 postes à quai (au sens des tranches des marchés de génie-civil), soit 1 400 m [...]. Le schéma figurant en annexe 2.4 illustre une telle hypothèse de répartition possible [...] » (cotes 6790-6804).

125. Le schéma ainsi décrit correspond à la répartition des postes à quai telle que présentée par le "visuel 2" utilisé lors de la réunion du 12 juillet 2006 (voir paragraphe 108).
126. Plusieurs modifications des CET de TPO et de GMP ont par la suite été adoptées. Ainsi, par avenant en date du 1^{er} août 2007, le caractère optionnel de l'extension de TPO à un troisième poste à quai a été confirmé et une nouvelle extension a été envisagée dans les termes suivants : *« une extension vers l'Est [...] ou vers l'Ouest [...] pourrait être envisagée, après demande exprimée par l'Entreprise dans la limite des surfaces disponibles, après accord du Conseil d'Administration du Port et des Tutelles dès lors que le rythme de croissance constaté sur les deux dernières années permette d'envisager que le trafic qu'atteindra le terminal dans les deux années suivant la demande exprimée par l'Entreprise dépasse le seuil de 840 000 EVP sur le terminal [...] »* (cote MC 3005).
127. Par ailleurs, l'extension de GMP vers l'Est (poste n° 5), limitée à une longueur de quai de 150 mètres, a été confirmée par un avenant en date du 12 septembre 2007. Cet avenant prévoit également l'extension de GMP vers l'Ouest sur le poste n° 2, ainsi qu'une éventuelle nouvelle extension dans des conditions similaires à celles prévues pour TPO.
128. Enfin, la CET de TNMSC pour Port 2000 a été signée le 11 septembre 2007. Elle porte sur l'exploitation de trois postes à quai (n° 8, 9 et 10). La CET prévoit également qu'une extension supplémentaire sur un quatrième poste à quai pourrait être envisagée, dans des conditions similaires à celles prévues pour TPO.
129. Il résulte de l'ensemble de ces stipulations contractuelles que si TPO, GMP et TNMSC demandent et obtiennent à terme l'ensemble des extensions envisagées, ils couvriront la totalité de l'espace d'exploitation disponible à Port 2000.

E. LES GRIEFS NOTIFIES

130. Au vu de l'ensemble des éléments recueillis, les deux griefs suivants ont été notifiés le 15 juin 2009 sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE :

« En ce qui concerne l'entente de partage de clientèle [ci-après le "premier grief"] :

1- il est fait grief à la société Terminal Porte Océane d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage de clientèle au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet d'interdire à Terminal Porte Océane de concurrencer les autres terminaux du port du Havre, constitue une restriction au libre jeu de la concurrence et est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de Terminal Porte Océane pour cette période ;

2- il est fait grief à la société Perrigault d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage de clientèle au port du

Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet d'interdire à Terminal Porte Océane de concurrencer les autres terminaux du port du Havre, constitue une restriction au libre jeu de la concurrence et est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de Perrigault pour cette période.

En ce qui concerne l'entente de partage de capacité [ci-après le "second grief"] :

3- il est fait grief à la société Terminal Porte Océane d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de Terminal Porte Océane pour cette période ;

4- il est fait grief à la société Perrigault d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de Perrigault pour cette période ;

5- il est fait grief à la société Terminal Normandie MSC d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de Terminal Normandie MSC pour cette période ;

6- il est fait grief à la société Générale de Manutention Portuaire d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de Générale de Manutention Portuaire pour cette période ;

7- il est fait grief à la société CMA CGM d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et

pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de CMA CGM pour cette période ;

8- il est fait grief à la société A.P. Møller-Mærsk A/S d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre de A.P. Møller-Mærsk A/S pour cette période ;

9- il est fait grief au Grand Port Maritime du Havre, venant aux droits du Port Autonome du Havre, d'avoir participé à une entente sur le marché de la manutention portuaire de conteneurs consistant en un partage entre concurrents de la capacité de la zone de Port 2000 au port du Havre. Cette entente, qui a eu pour objet et pour effet de répartir les postes à quai disponibles de Port 2000 entre les terminaux exploités par Terminal Normandie MSC, Générale de Manutention Portuaire et Terminal Porte Océane en substituant au libre jeu de la concurrence une collusion généralisée entre les opérateurs concernés, est prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE. Cette entente a été mise en œuvre au moins depuis 2006, n'a pas pris fin à ce jour, et est retenue à l'encontre du Grand Port Maritime du Havre pour cette période. »

II. Discussion

131. Seront successivement abordés :

- la compétence de l'Autorité de la concurrence,
- la procédure,
- l'application du droit communautaire de la concurrence,
- le bien-fondé des griefs,
- l'imputabilité des pratiques,
- les suites à donner aux qualifications retenues.

A. SUR LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

132. La compétence d'Autorité est contestée aussi bien pour les premières pratiques (entente de partage de clientèle) que pour les secondes (entente de partage de capacité) reprochées par l'instruction.

1. SUR LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE POUR CONNAITRE DES GRIEFS NOTIFIES AU TITRE DE L'ENTENTE DE PARTAGE DE CLIENTELE (PREMIERES PRATIQUES)

133. Perrigault conteste la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître des conditions d'application de la clause de non-concurrence prévue dans le MOA qu'elle a signé, le 18 mai 2004, avec APMM. En effet, selon Perrigault, il n'appartiendrait pas à l'Autorité de se prononcer sur le respect par une entreprise d'une stipulation contractuelle conclue avec un partenaire commercial.

134. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante que si, dans leur principe, les clauses de non-concurrence sont effectivement licites, elles ne sauraient être légalement détournées de leur objet pour couvrir des agissements contraires aux règles de la libre concurrence énoncées par les articles 81, paragraphe 1, du traité CE et L. 420-1 du code de commerce (décision du Conseil de la concurrence n° 92-D-20 du 17 mars 1992 relative au secteur de la distribution des boissons confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 décembre 1992 ; voir également, décision du Conseil de la concurrence n° 97-D-01 du 15 janvier 1997 relative à des pratiques du GIE les Tonnelleries de Bourgogne et arrêt de la Cour de cassation du 27 février 2001, GIE Les Tonnelleries de Bourgogne c/SA Tonnellerie Remond).

135. L'Autorité de la concurrence est donc compétente pour apprécier si les conditions de mise en œuvre de la clause de non-concurrence figurant dans le MOA ont porté atteinte au fonctionnement de la concurrence sur les marchés affectés.

2. SUR LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE POUR CONNAITRE DES GRIEFS NOTIFIES AU TITRE DE L'ENTENTE DE PARTAGE DE CAPACITE (SECONDES PRATIQUES)

136. Le Grand Port Maritime du Havre et les entreprises mises en cause soutiennent que l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour examiner les secondes pratiques reprochées, dès lors qu'elles ne seraient pas détachables de l'attribution, par l'établissement portuaire, des postes à quai, qui appartiennent au domaine public. Il ajoute qu'une telle attribution traduit l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.

137. En l'espèce, il convient de distinguer la compétence de l'Autorité selon qu'il s'agit d'apprécier les comportements de l'établissement portuaire ou ceux des entreprises qui ont participé à l'entente reprochée.

a) Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître du grief d'entente de partage de capacité notifié au Grand Port Maritime du Havre

138. L'article L. 410-1 du code de commerce soumet aux règles définies notamment au titre II du livre IV du code de commerce, consacré aux pratiques anticoncurrentielles, « toutes les

activités de production, de distribution et de service » y compris celles qui sont le fait de personnes publiques « notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

139. Dans sa décision Aéroports de Paris et compagnie Air France c/TAT European Airline Sarl, du 18 octobre 1999, le Tribunal des conflits a jugé que les décisions par lesquelles les personnes publiques exercent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, même lorsque ces décisions constituent des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence et qu'il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions.
140. Par ailleurs, dans un arrêt du 16 mai 2000 SEMMARIS, la Cour de cassation a jugé « *qu'ayant rappelé par des motifs non contestés que la SEMMARIS s'est vu confier la gestion du MIN de Paris - Rungis sur un domaine public qui lui a été concédé et qu'elle se trouve investie des pouvoirs d'administration et des prérogatives de puissance publique que lui confère son règlement intérieur pris conformément aux dispositions du décret n°68-659 du 10 juillet 1968 portant organisation générale des marchés d'intérêt national et constaté que la contestation élevée par la NVSA devant le Conseil de la concurrence portait sur la décision de la SEMMARIS de soumettre l'exploitation de distributeurs automatiques dans le périmètre du marché à une convention d'installation et au paiement d'une redevance, la cour d'appel qui retient que cette décision constitue un acte de gestion du domaine public a par suite fait une exacte application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en décidant qu'un tel acte, dont l'appréciation de la légalité relève du juge administratif n'entraîne pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence, que le moyen [...] est inopérant en ses deux premières branches lesquelles tendent à faire trancher par l'autorité judiciaire un litige relevant des juridictions administratives ».*
141. Ainsi, comme le Conseil de la concurrence l'a rappelé dans sa décision n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 mars 2010, il convient de faire le départ entre :
- d'une part, les actes par lesquels les personnes publiques font usage, pour l'organisation du service public dont elles ont la charge, de prérogatives de puissance publique : leur légalité, et notamment leur conformité au droit de la concurrence, ne peut être appréciée que par le juge administratif ;
 - d'autre part, les activités des mêmes personnes publiques, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables de leurs actes de puissance publique : comme celles de toute entreprise, elles peuvent être qualifiées par le Conseil de la concurrence et à sa suite l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire qui les contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante.
142. En l'espèce, à l'époque des faits, le Port Autonome du Havre (devenu le GPMH) était un établissement public de l'Etat chargé notamment de la gestion du domaine public portuaire. En effet, comme le précise l'article L. 111-2, alinéa 1, du code des ports maritimes : « *Le port autonome est chargé, à l'intérieur des limites de sa circonscription, et dans les conditions définies ci-après, des travaux d'extension, d'amélioration, de renouvellement et de reconstruction, ainsi que de l'exploitation, de l'entretien et de la police, au sens des dispositions du livre III du présent code, du port et de ses dépendances et de la gestion du domaine immobilier qui lui est affecté ».* Dans le cadre de Port 2000, en vue de l'exploitation des nouveaux terminaux, l'établissement portuaire était donc investi

de la mission d'attribuer aux opérateurs de manutention des "conventions d'exploitation de terminaux" (CET), par lesquelles il leur reconnaissait notamment le droit d'occuper le domaine public.

143. Les comportements reprochés au PAH consistent à avoir organisé en 2006 des réunions avec divers opérateurs de manutention actifs au port du Havre en vue de les inciter à s'entendre pour se répartir les postes à quai de Port 2000 et donc de se coordonner pour formuler auprès de lui leur demande de CET. L'objectif poursuivi par PAH ressort clairement des éléments du dossier. Ainsi, dans les comptes-rendus de réunions, il est notamment indiqué que le directeur général du PAH, M. F..., a attiré l'attention des participants sur la nécessité de « *faire émerger un consensus relatif à la future répartition des postes à quai de Port 2000* » (voir paragraphe 109). Ce dernier leur a même indiqué : de « *Chercher la possibilité de répartir l'espace des 9 postes entre vous, moi je prends ce que vous proposerez* » (paragraphe 118).
144. Un tel comportement, par lequel une personne publique invite de manière explicite des entreprises privées à s'entendre pour se répartir des capacités dont l'attribution ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt général appréciées par l'établissement portuaire lui-même, est plus que regrettable. Et l'absence de disposition imposant, à la date où les pratiques ont été constatées, le lancement d'un appel d'offres pour attribuer les CET n'exonère certainement pas l'établissement public, qui avait à sa disposition d'autres moyens pour appeler les entreprises à manifester leur intérêt que de leur signifier qu'il se soumettrait aux conditions du "Yalta" négociées entre elles.
145. Ainsi, pour l'attribution des postes à quai de Port 2000, il appartenait au PAH d'organiser la mise en concurrence des entreprises de manutention et de faire en sorte que chaque candidat détermine de manière autonome son comportement sur le marché, en adressant notamment sa demande d'attribution de poste(s) à quai indépendamment de ses concurrents. Or, en organisant les réunions litigieuses, le PAH a précisément permis aux opérateurs de définir ensemble une stratégie commune et de mettre en échec le principe de la libre concurrence, auquel il aurait dû veiller au titre de ses missions d'intérêt général.
146. Force est pourtant d'admettre que l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour apprécier le comportement de l'établissement portuaire en l'espèce dès lors que les réunions de juillet et octobre 2006, dont l'objet portait explicitement sur la répartition future des postes à quai de Port 2000, ne peuvent être considérées comme dissociables de la gestion du domaine public et de l'exercice par l'établissement portuaire de ses prérogatives de puissance publique. En application de la jurisprudence énoncée aux paragraphes 139 à 141 ci-dessus, il n'appartiendra qu'à la juridiction administrative de statuer, si elle est saisie, sur la légalité de la décision par laquelle le port attribuera les futures postes à quai, au regard notamment des conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure préparatoire à cette attribution.
147. Il résulte de ce qui précède que le grief d'entente de partage de capacité notifié au Grand Port Maritime du Havre échappe à la compétence de l'Autorité de la concurrence.

b) Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître du grief d'entente de partage de capacité notifié aux entreprises

148. Les entreprises auxquelles le grief d'entente de répartition de capacité a également été notifié soutiennent, en premier lieu, que l'incompétence de l'Autorité pour statuer sur le grief notifié au Grand Port Maritime du Havre la priverait également de la possibilité d'examiner les pratiques qui leur sont reprochées au titre de la concertation litigieuse.

149. Mais elles ne peuvent être suivies sur ce point. Il convient en effet de faire le départ entre le comportement de la personne publique, qui n'est pas dissociable de l'exercice par cette dernière de ses prérogatives de puissance publique - en l'espèce l'attribution des futures conventions d'exploitation de terminal -, et celui des entreprises privées qui, en s'entendant entre elles pour la répartition des capacités permises par les futures conventions, faussent la concurrence sur le marché de la manutention portuaire, qui est une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce. Ce dernier comportement peut être qualifié au regard des règles de concurrence indépendamment de l'appréciation portée sur la légalité du procédé par lequel l'établissement portuaire a choisi de préparer l'attribution des futures conventions d'exploitation de terminal. Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont appliqué à de nombreuses reprises ce raisonnement à propos de pratiques d'entreprises ayant faussé la concurrence à l'occasion d'appels d'offres lancés par des collectivités publiques en vue de conclure des marchés publics. Si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité de la décision par laquelle la personne publique organise l'appel d'offres et la régularité de la procédure l'ayant précédée, les comportements des entreprises en réponse à cet appel d'offres peuvent être qualifiés par l'Autorité de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire.
150. C'est ainsi que dans sa décision précitée n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 mars 2010, si le Conseil de la concurrence s'est déclaré incompétent pour connaître des comportements des collectivités publiques de Corse qui « *auraient, au moyen d'une entente anticoncurrentielle avec la SNCM [l'entreprise de transport maritime à laquelle était confiée la délégation de service public] cherché à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu "sur mesure" pour elle* », il s'est au contraire déclaré compétent pour apprécier « *les abus de position dominante reprochés à la SNCM, y compris celui ayant consisté à déposer une offre globale [...]* » en réponse à l'appel d'offres. A cet égard, le Conseil a retenu que ces comportements, qui constituaient une activité économique entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce, étaient détachables de l'appréciation de la légalité de l'appel d'offres en cause.
151. Il convient d'examiner en second lieu si le comportement de la personne publique, qui a invité les entreprises poursuivies à participer aux réunions reprochées, exonère ces dernières de toute responsabilité au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.
152. S'il est vrai qu'en droit communautaire comme en droit national, les comportements anticoncurrentiels ne sont répréhensibles que s'ils ont été adoptés par des entreprises disposant d'une autonomie de volonté, il faut rappeler qu'en l'absence de disposition légale contraignante imposant un comportement anticoncurrentiel (règlement communautaire ou législation nationale) et ne laissant aucune place aux entreprises pour des comportements indépendants, l'absence de liberté desdites entreprises ne constitue une cause d'exonération de leur responsabilité « *que s'il apparaît sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants que ce comportement leur a été unilatéralement imposé par les autorités nationales par l'exercice de pressions irrésistibles, telles que la menace d'adoption de mesures étatiques susceptibles de leur faire subir des pertes importantes* » (voir arrêt du TPICE du 18 septembre 1996, Asia Motor France e.a./Commission, T-387/94, Rec. p. II-961, point 65).
153. Dans l'affaire dite de la "Viande bovine", la Commission européenne avait ainsi écarté le moyen soulevé par les parties tiré du rôle incitateur exercé par les pouvoirs publics sur les

entreprises afin qu'elles concluent l'accord anticoncurrentiel qui leur était reproché, les entreprises étant dotées d'une marge d'autonomie à l'époque des faits (voir décision du 2 avril 2003, affaire COMP/C.38.279/F3 - Viandes bovines françaises, paragraphe 152). La position de la Commission a été confirmée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes qui a souligné dans son arrêt que « *s'agissant du rôle joué par le ministre de l'agriculture français dans la conclusion de l'accord, [...], il suffit de constater que, selon une jurisprudence constante, la circonstance que le comportement des entreprises a été connu, autorisé ou même encouragé par des autorités nationales est, en tout état de cause, sans influence sur l'applicabilité de l'article 81 CE* » (arrêt du 13 décembre 2006, FNCBV, T-217/03 et T-245/03, Rec. p. II-4987, point 92). L'arrêt du Tribunal a, pour sa part, été confirmé par la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt du 18 décembre 2008, Coop de France bétail et viande e.a./Commission, affaires jointes C-101/07 P et C-110/07 P, Rec. p. I-10193).

154. En droit national, il a également été jugé à plusieurs reprises que la compromission ou la tolérance des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 1992, *SA Entreprise Jean Lefèbvre et autres*, la Cour de cassation a jugé : « [...] *Il est fait grief à l'arrêt d'avoir retenu l'existence de pratiques anticoncurrentielles alors que la connaissance ou la tolérance des pouvoirs publics justifiaient le comportement des entreprises et que les pratiques incriminées avaient été, au moins partiellement, imposées par certaines personnes de droit public demandant aux entreprises de simuler la concurrence ; Mais attendu que la compromission des maîtres de l'ouvrage avec les entreprises, à la supposer établie, ne fait pas échec à l'application des dispositions des textes invoqués [en l'espèce l'article L. 420-1 du code de commerce]* » (voir également l'arrêt du 12 janvier 1993, *Sogéa*). Dans un arrêt du 30 mai 1995, *Sté Ghillion*, la Cour de cassation a encore souligné, s'agissant de concertations entre entreprises de déménagement tolérées par l'administration, que « *le Conseil n'était compétent que pour sanctionner les entreprises qui s'étaient rendues coupables d'agissements constitutifs d'ententes prohibées [...], même si les personnels bénéficiaires des prestations et l'administration chargée d'en effectuer le remboursement avaient, par leur compromission ou leur complaisance, déterminé ou facilité la mise en œuvre et la persistance de ces pratiques, dès lors que, pour de tels comportements, ces personnes et autorités administratives échappent au pouvoir que lui conférait [le code de commerce]* ».
155. De même, dans la décision n° 05-D-19 du 12 mai 2005, relative aux marchés de construction d'ouvrages d'art sur l'autoroute A 84, dite "*route des estuaires*", dans le département de la Manche, confirmée par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, le Conseil de la concurrence a souligné : « [...] *les pratiques utilisées par le maître de l'ouvrage à l'occasion d'un appel d'offres, même si elles facilitent les pratiques irrégulières des entreprises, ne peuvent pas faire échec à l'application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 420-1 du code du commerce, dès lors que sont établies à l'encontre des sociétés des pratiques tendant à fausser le jeu de la concurrence* » (voir arrêts de la cour d'appel de Paris du 7 mars 2006 et de la Cour de cassation du 6 mars 2007).
156. En l'espèce, si l'incitation de l'établissement portuaire à la mise en œuvre de l'entente de partage de capacité a été réelle, elle n'a pas créé un cadre juridique contraignant de nature à exonérer les entreprises membres de l'entente de leur responsabilité. En effet, il ressort des éléments du dossier que l'invitation du PAH à se rendre aux réunions de juillet et octobre 2006 n'était en rien assortie de pressions irrésistibles. C'est ainsi que la société

MSC France, qui avait été convoquée par le PAH aux réunions litigieuses, a librement décidé de ne pas s'y rendre.

157. Il résulte de ce qui précède que l'Autorité de la concurrence est compétente pour connaître du grief d'entente de capacité notifié aux entreprises TPO, Perrigault, TNMSC, GMP, CMA CGM et APMM.

B. SUR LA PROCEDURE

158. Les parties invoquent différents moyens de procédure, tirés de la violation du principe du contradictoire et des droits de la défense ainsi que du non-respect du principe d'impartialité. Il convient d'examiner successivement ces moyens.

1. SUR LA PRETENDUE VIOLATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

a) Sur l'accès à certaines pièces du dossier classées en annexe confidentielle

159. TPO allègue une violation de son droit d'accès au dossier. Ainsi, elle fait valoir que sur le CD-Rom qui lui a été remis lors de l'envoi de la notification de griefs, elle n'a pu avoir accès aux versions confidentielles de certains documents pour lesquels aucune demande de protection au titre du secret des affaires n'avait été formulée à son encontre. Par ailleurs, elle invoque le fait qu'elle n'a pas eu accès à certaines parties de pièces classées en annexe confidentielle, qui ne relevaient pas du secret des affaires.
160. Selon l'article L. 463-2 du code de commerce, « [...] *le rapporteur général [...] notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 et présenter leurs observations dans un délai de deux mois* ». Dans un arrêt du 2 octobre 2007, la cour d'appel de Paris a ainsi rappelé que « *c'est la notification de griefs qui marque l'ouverture de la procédure contradictoire [et] que l'entreprise mise en cause a, dès ce moment, la faculté de consulter le dossier* ».
161. S'agissant des modalités de consultation du dossier, le Conseil de la concurrence a souligné à plusieurs reprises que « *la réalisation et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification de griefs ne sont qu'une facilité supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent la possibilité de venir consulter le dossier [à l'Autorité]* » (voir, notamment, décisions n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets, paragraphe 455, et n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, paragraphe 187).
162. En l'espèce, il convient de distinguer les pièces qui ont été rendues à tort inaccessibles sur le CD-Rom transmis à TPO, et celles qui n'étaient pas accessibles sous les cotes indiquées par le rapporteur dans la notification de griefs.

Sur les pièces qui ont été rendues à tort inaccessibles sur le CD-Rom transmis à TPO

163. Dans la mesure où, comme il a été rappelé au paragraphe 161 ci-dessus, le CD-Rom ne constitue qu'une facilité offerte par l'Autorité de la concurrence aux parties pour la consultation du dossier, les erreurs commises sur ce dernier, ayant consisté à rendre à tort

inaccessibles à TPO les versions confidentielles de certains documents pour lesquels aucune demande de protection au titre du secret des affaires n'avait été formulée à son encontre, ne sont pas de nature à créer une atteinte au droit d'accès au dossier de TPO.

164. Par ailleurs, il convient de relever que TPO n'a jamais demandé à venir consulter le dossier au siège de l'Autorité de la concurrence, alors même qu'une telle possibilité lui avait été offerte par les services d'instruction².
165. En outre, comme le conseiller auditeur l'a d'ailleurs relevé dans son rapport du 11 janvier 2010, « *les pièces [...] qui avaient été à tort rendues inaccessibles sur le CD-Rom ont été communiquées à TPO le 9 juillet [2009] soit dans un délai de 8 jours ouvrables* ». De plus, « *TPO avait déjà connaissance de ces pièces pour en avoir reçu copie dans le cadre de la procédure des mesures conservatoires* ».

Sur les pièces qui n'étaient pas accessibles sous les cotes indiquées par le rapporteur dans la notification de griefs

166. Une fois encore, le CD-Rom ne constituant qu'une facilité offerte par l'Autorité de la concurrence aux parties pour la consultation du dossier, toute difficulté rencontrée par l'une d'elles pour accéder à partir du CD-Rom à certaines pièces du dossier ne caractérise pas en elle-même une atteinte au droit d'accès au dossier.
167. Par ailleurs, l'article L. 463-4 du code de commerce, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, dispose que « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles [...]* ».
168. En l'espèce, s'agissant de la cotation des pièces dans la notification de griefs, il est systématiquement fait référence par le rapporteur à la cotation des pièces dans leur version confidentielle, à charge pour les parties de retrouver dans le dossier les pièces concernées en version non confidentielle. C'est d'ailleurs ce que le conseiller auditeur a expliqué, dans son rapport du 11 janvier 2010 : « *le parti a été adopté de se référer systématiquement à la codification de la version confidentielle des pièces, à charge pour la partie destinataire du dossier qui n'aurait pas accès à la version confidentielle de rechercher par ses propres moyens dans l'annexe où sont stockées les pièces non confidentielles* ».
169. Comme la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence l'a indiqué aux parties dans sa lettre en date du 9 juillet 2009 : « *Plusieurs entreprises ont transmis des versions confidentielles reprenant l'intégralité du document concerné, même lorsque le secret d'affaires ne portait que sur une partie de ce document. Dans cette éventualité, les portions de pièces non couvertes par le secret d'affaires ont été rétablies dans la version non confidentielle de ces pièces. [...] Lorsque les demandes de traitement confidentiel ont été formulées de cette manière, les éléments qui ne relèvent pas du secret d'affaires sont accessibles dans la version non confidentielle à laquelle vous avez accès. Il convient alors de vous référer à l'intitulé des pièces au dossier listées dans l'appendice n° 1 de la notification de griefs. Les versions non confidentielles reprennent l'intitulé du document classé et sont identifiées par la mention « VNC »* ».

² Cette faculté avait été rappelée au paragraphe 16 de la notification de griefs ainsi que dans le sommaire du CD-Rom transmis.

170. Ainsi, contrairement à ce qu'elle soutient, TPO a eu accès aux parties de pièces classées en annexe confidentielle, qui ne relevaient pas du secret des affaires. En effet, il lui suffisait de se référer aux cotes correspondant aux versions non confidentielles des pièces en cause, à l'aide du tableau figurant en appendice n° 1 de la notification des griefs. A cet égard, dans son rapport du 11 janvier 2010, le conseiller auditeur a d'ailleurs indiqué que « *le type de recherche auquel une partie se trouve astreinte du fait de ce décalage ne présente pas un effort ou une difficulté particulière à partir du moment où le rapporteur s'astreint à décrire les documents auxquels il fait référence [...] et que ces indications sont suffisantes pour qu'une personne ayant pris connaissance du dossier puisse identifier de quel document il s'agit et, en tant que de besoin, puisse le retrouver manuellement en feuilletant le CD-Rom* ».
171. Il résulte de ce qui précède qu'aucune atteinte au droit d'accès au dossier de TPO ne saurait être caractérisée.

b) Sur les prétendues difficultés d'identification de pièces du dossier

172. TPO et Perrigault dénoncent deux types d'erreurs dans la cotation des pièces citées dans la notification de griefs : des décalages entre les cotes citées dans le corps de la notification de griefs et les cotes des documents auxquels elles ont eu accès, d'une part ; des erreurs matérielles dans les cotes citées dans la notification de griefs, d'autre part.

Sur les décalages entre les cotes citées dans le corps de la notification de griefs et celles figurant sur les documents accessibles en annexes

173. Comme il a été expliqué aux paragraphes 168 et 169 ci-dessus, ce type d'erreur résulte du fait que, dans la notification de griefs, il est systématiquement fait référence à la cotation de la version confidentielle des pièces. Les parties étaient néanmoins en mesure d'identifier dans le dossier les versions non confidentielles des pièces concernées.

Sur les erreurs de cotation dans la notification de griefs

174. Par courriers des 30 juin et 23 juillet 2009, TPO a dénoncé un certain nombre d'erreurs matérielles commises dans les références de cotes indiquées dans la notification des griefs. Ainsi, plusieurs cotes renverraient à des documents ne correspondant pas aux documents visés (996, 3837, MC 707, 406-407, 2896-2898, 462).
175. Cependant, l'Autorité de la concurrence relève que, dans huit cas, ces erreurs portaient uniquement sur l'omission ou l'adjonction erronée des lettres "MC", lesquelles identifient les pièces recueillies dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures conservatoires. Dans deux cas, ces erreurs correspondaient à des numéros de cotes incorrects. Comme le conseiller auditeur l'a d'ailleurs relevé dans son rapport du 11 janvier 2010, les erreurs matérielles dénoncées ont été rectifiées dans de brefs délais à compter de leur mention par TPO : le 9 juillet 2009 pour les remarques formulées le 30 juin 2009 et le 31 juillet 2009 pour des remarques formulées le 23 juillet 2009.
176. En tout état de cause, il convient de souligner que le contenu de toutes les pièces sur lesquelles repose la notification de griefs est décrit dans le corps du document.
177. Il résulte de ce qui précède que ni les décalages de cotes entre versions confidentielles et non confidentielles, ni les erreurs matérielles relevées par TPO n'ont entraîné une violation du principe du contradictoire.

2. SUR LE RESPECT DES DROITS DE LA DEFENSE

a) Sur la nomination prétendument tardive du conseiller auditeur

178. TPO et TNMSC considèrent que la nomination du conseiller auditeur par arrêté du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le 10 juillet 2009, soit un mois environ après la réception de la notification de griefs, ne leur a pas permis d'exercer pleinement les garanties offertes par l'article R. 461-9-II du code de commerce.
179. L'article R. 461-9-II du code de commerce, dans sa rédaction issue du décret n° 2009-335 du 26 mars 2009, dispose que : « *Le conseiller auditeur peut intervenir à la demande d'une partie. Il peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties. Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification de griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité. Le conseiller auditeur recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure. Il peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ».
180. En l'espèce, TPO a saisi le conseiller auditeur le 10 juillet 2009. Dans sa saisine, elle alléguait que les difficultés rencontrées pour identifier certaines pièces du dossier justifiaient l'octroi d'un délai supplémentaire pour répondre à la notification des griefs. Par lettre en date du 23 juillet 2009, TPO a complété ses observations, et a été reçue par le conseiller auditeur le 24 juillet 2009. Par lettre en date du 29 juillet 2009, TPO a une nouvelle fois complété ses observations.
181. Par lettre en date du 31 juillet 2009, le conseiller auditeur a communiqué à TPO un tableau corrigeant sept erreurs de référence de cotes dans la notification de griefs. Il a également invité TPO à « *contacter [le rapporteur] dans les meilleurs délais afin de [l]'aider dans [ses] recherches* ». Le conseiller auditeur a ainsi considéré dans son rapport du 11 janvier 2010 que « *compte-tenu des réponses et propositions qui vous sont ainsi faites, il ne me paraît pas nécessaire dans l'état actuel des choses de recommander une extension supplémentaire du délai de réponse à la notification de griefs que vous avez sollicité* ».
182. Ainsi, TPO a été en mesure de présenter au conseiller auditeur toutes ses observations sur le déroulement de la procédure d'instruction de la présente affaire et celui-ci y a pleinement répondu.
183. Quant à TNMSC, celle-ci n'explique pas en quoi la nomination tardive du conseiller auditeur aurait concrètement porté atteinte à ses droits de la défense.
184. Il résulte de ce qui précède que la nomination du conseiller auditeur le 10 juillet 2009 n'a pas eu pour conséquence de priver TPO et TNMSC de la possibilité de bénéficier des garanties offertes par l'article R. 461-9-II du code de commerce, précité.

b) Sur le délai de réponse à la notification de griefs

185. TPO, Perrigault et TNMSC considèrent que le délai supplémentaire de huit jours ouvrables qui leur a été accordé pour répondre à la notification de griefs n'a pas été suffisant pour

leur permettre de préparer leur défense. Elles font valoir à cet égard que l'envoi de la notification de griefs pendant la période estivale, la crise économique ayant conduit à une désorganisation des services et la nomination tardive du conseiller auditeur constituaient autant de circonstances exceptionnelles justifiant l'octroi d'un délai de réponse supplémentaire. TPO souligne que sa situation particulière tenant au fait qu'elle éprouvait des difficultés pour identifier certaines pièces du dossier et devait répondre à deux griefs justifiait l'octroi d'un délai plus important que celui accordé aux autres parties.

186. Aux termes de l'article L. 463-2 du code de commerce, un délai de deux mois est imparti aux parties pour présenter des observations aux griefs notifiés. Ce même article, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, prévoit que « *Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le rapporteur général de l'Autorité peut, par décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties* ».
187. Comme la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 13 octobre 2009 (*Colas Ile-de-France, n° 08.17.269 e.a.*) : « *L'octroi aux parties d'un délai supplémentaire d'au maximum un mois pour consulter le dossier et produire leurs observations, dépend [...] de la démonstration par chaque partie de l'existence de circonstances exceptionnelles le justifiant [...]* ».
188. En l'espèce, conformément à l'article L. 463-2 du code de commerce, précité, les parties mises en cause ont disposé initialement d'un délai de deux mois pour consulter le dossier et présenter leurs observations à la notification de griefs. Par courriers en date des 23 juin, 1^{er} juillet et 2 juillet 2009, TPO, Perrigault et TNMSC ont sollicité l'octroi d'un délai de réponse supplémentaire au motif que, lors de la période estivale, leur personnel était en congé et qu'elles devaient gérer les problématiques liées à la crise économique. La rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence a pris en considération ces circonstances puisque, par lettres du 3 juillet 2009, elle a prolongé de huit jours ouvrables le délai initialement accordé aux parties.
189. L'extension du délai de réponse à la notification de griefs ainsi octroyé aux parties est suffisante dans la mesure où, d'une part, selon la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, la coïncidence du délai de réponse à la notification des griefs avec la période estivale ne constitue pas, en l'absence de dysfonctionnement de service empêchant l'accès des parties au dossier et la présentation de leurs observations, une "*circonstance exceptionnelle*" justifiant, au sens de l'article L. 463-2, précité, un délai supplémentaire (voir décision n° 01-D-13 du 19 avril 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais). Or, comme il a été relevé aux paragraphes 178 à 184, aucun dysfonctionnement de service n'a découlé des conditions de la nomination du conseiller auditeur.
190. D'autre part, s'agissant des difficultés rencontrées par TPO pour identifier certaines pièces du dossier, il convient de se référer à ce qui a déjà été indiqué au paragraphe 181.
191. Enfin, le nombre des griefs notifiés à TPO, qui se limite à deux, ne constituait pas, en soi, une circonstance exceptionnelle justifiant une prolongation du délai.
192. Dans ces conditions, il convient d'écarter le moyen des parties tiré de l'insuffisance du délai imparti pour répondre à la notification de griefs.

c) Sur les documents remis en séance par TPO

193. Lors de la séance du 23 février 2010, le conseil de TPO a projeté et remis aux membres du collège un document "*power point*" sur lequel figure notamment un tableau indiquant les clients de Perrigault qui auraient été démarchés par APMM au cours des mois d'octobre et novembre 2007.
194. Le conseil de la société APMM a demandé à ce qu'il soit inscrit au procès-verbal qu'il contestait la licéité et la loyauté de la remise en séance d'un tel document, non soumis au contradictoire.
195. Cependant, les pièces sur lesquelles s'est appuyée TPO pour établir le tableau en cause, même si leur interprétation peut faire débat entre les parties, figuraient au dossier. Ainsi, le document "*power point*" projeté par TPO au cours de la séance ne peut être considéré comme une pièce nouvelle qui n'aurait pas été soumise au contradictoire.
196. Le moyen sera donc écarté.

3. SUR LA PRETENDUE VIOLATION DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE

197. Selon TPO et Perrigault, le principe d'impartialité aurait été méconnu à plusieurs reprises lors de la procédure. Ainsi, dans la notification de griefs, de nombreux éléments à décharge auraient été occultés et les simples présomptions retenues au stade des mesures conservatoires auraient été considérées comme acquises. Les parties dénoncent également le fait qu'aucune opération de visite et saisie n'aurait été menée dans les locaux d'APMM.
198. Selon une jurisprudence constante, le rapporteur fonde la notification des griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé. Le fait que la notification des griefs ne cite pas tous les faits et indices qui n'ont pas été retenus dans ce document pour qualifier des pratiques anticoncurrentielles ne peut faire grief aux entreprises, dès lors que celles-ci ont eu accès à l'ensemble de la procédure et ont eu toute latitude pour apporter les éléments qui paraissaient utiles à leur défense (voir, notamment, arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 janvier 2006, *Ordre des avocats au barreau de Marseille*).
199. Ainsi, la partialité de l'instruction ne saurait résulter de la seule circonstance que le rapporteur n'aurait pas tenu compte dans sa notification de griefs d'éléments qui, selon les parties, viendraient au soutien de leur défense, dès lors que ces dernières ont été en mesure d'en faire état dans la discussion sur le bien-fondé des griefs.
200. Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence de la Cour de cassation qu'au stade des mesures conservatoires, l'Autorité de la concurrence analyse si les pratiques sont « *susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique [prohibée]* » (voir arrêt du 8 novembre 2005, *Neuf Télécom et al.*). Ainsi, ce n'est pas parce qu'une décision de mesures conservatoires ne procède pas à la qualification des faits en cause que les éléments sur lesquels elle se fonde n'ont pas de valeur probante, ou que les analyses qu'elle mène, à ce stade de la procédure, sont erronées. Dans ces conditions, la référence à la décision de mesures conservatoires dans la notification des griefs ne démontre pas davantage la partialité de l'instruction.
201. Enfin, l'argument des parties relatif à l'absence de visites et saisies menées dans les locaux d'APMM consiste en réalité à contester le contenu de l'ordonnance de visites et saisies rendue par le juge des libertés et de la détention, qui ne vise pas les locaux d'APMM. Or,

dans un arrêt du 16 juin 2004, *Righini et Berkvens France*, la Cour de cassation a jugé qu'une société qui a fait l'objet d'opérations de visites et saisies « *est sans qualité pour critiquer l'ordonnance [du juge des libertés et de la détention] en ce qu'elle n'a pas étendu à une autre société les mesures de visites et de saisies de documents qu'elle autorisait* ».

202. Il résulte de ce qui précède que les moyens des parties tiré de la violation du principe d'impartialité doivent être écartés.

C. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

203. Les griefs ont été notifiés sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE depuis l'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, du traité de Lisbonne. L'analyse des pratiques au regard du droit communautaire n'a pas été contestée par les parties.

204. Dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO 2004, C 101, p. 81), la Commission européenne rappelle que « *les articles 81 et 82 du traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont "susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres"* » (point 1).

205. Se fondant sur le traité CE et les lignes directrices de la Commission, le Conseil de la concurrence, approuvé par la cour d'appel de Paris, a considéré que trois éléments doivent être démontrés pour établir que des pratiques mises en œuvre sont susceptibles d'avoir sensiblement affecté le commerce entre Etats membres : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits ou les services faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation (voir décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion et l'arrêt de la cour d'appel du 24 novembre 2009).

1. SUR LES DEUX PREMIERS ELEMENTS LIES A L'EXISTENCE DE PRATIQUES SUSCEPTIBLES D'AFECTER LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

206. Le Conseil de la concurrence a considéré à plusieurs reprises que le droit communautaire de la concurrence était applicable dans des cas concernant une partie du territoire français, dès lors qu'étaient en cause des activités par nature transfrontalières, comme les activités de transport ou de télécommunications (voir, récemment, décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphe 171).

207. En l'espèce, si les pratiques en cause sont localisées sur le port du Havre, elles concernent les prestations de manutention portuaire qui ont pour objet d'assurer la mise à bord et le débarquement de marchandises à destination et en provenance notamment des autres ports de l'Union européenne. Les pratiques portent donc sur des services qui sont en lien direct avec l'activité de transport maritime de marchandises au sein de l'Union européenne. De plus, sont concernés par les pratiques les nouveaux terminaux de Port 2000 qui ont

vocation à terme à accueillir une part significative des échanges de marchandises entre les Etats membres de l'Union européenne.

208. Dans ces conditions, l'accord de répartition de clientèle qui vise à interdire à TPO d'offrir ses services de manutention à certains armateurs pour leur activité de transport de conteneurs sur des lignes au départ et à destination du port du Havre et des autres ports de l'Union européenne a nécessairement pour effet de perturber le courant des échanges à l'intérieur du marché commun.
209. En outre, pour s'assurer de l'affectation du commerce entre Etats membres, il peut également y avoir lieu de prendre en considération les conditions concrètes de fonctionnement du marché et les effets réels ou potentiels des pratiques en cause sur la structure de la concurrence dans l'Union européenne. Dans une décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, le Conseil de la concurrence, approuvé sur ce point par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 6 mai 2008, a ainsi considéré que des pratiques dont l'objet et l'effet étaient d'évincer du marché corse les cimentiers européens, notamment grecs et italiens, au profit des deux cimentiers français, étaient susceptibles d'affecter le courant des échanges intracommunautaires.
210. Ainsi, l'accord de partage de capacité, par lequel les opérateurs de manutention présents à Port 2000 se sont répartis les terminaux disponibles, a eu une incidence au moins potentielle sur des opérateurs concurrents provenant notamment des autres Etats membres de l'Union européenne. En effet, du fait des pratiques mises en œuvre, ces opérateurs auraient pu se voir empêcher de venir s'établir au port du Havre pour offrir leurs services.
211. Enfin, il y a lieu de souligner que les opérateurs de manutention portuaire sont généralement des filiales ou des entreprises communes de grands groupes d'armement. Ainsi, au port du Havre, les volumes de marchandises traités par les terminaux de Port 2000 ont vocation à provenir en grande partie des armateurs impliqués dans la gestion des terminaux. Il en résulte que les pratiques en cause dont l'objet est d'affecter les conditions d'exploitation des terminaux de Port 2000 ont nécessairement un impact sur le trafic des marchandises au départ et à destination du port du Havre mais également sur la concurrence que se livrent les ports de l'arc européen entre eux.
212. Il en résulte que les pratiques en cause dans la présente affaire sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1 du TFUE.

2. SUR LE TROISIEME CRITERE LIE AU CARACTERE SENSIBLE DE L'AFECTATION

213. Dans son arrêt du 24 novembre 2009, précité, la cour d'appel de Paris, se référant aux lignes directrices de la Commission européenne précitées, a jugé que l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce intracommunautaire dépendait 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.
214. Dans ses lignes directrices, la Commission a également indiqué que « *Les accords, qui par exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres Etats membres d'avoir accès à une partie d'un Etat membre constituant une partie substantielle du marché commun*

devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre Etats membres » (point 92).

215. Or, s'agissant de pratiques mises en œuvre dans un port - en l'occurrence celui de Gênes -, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que : « *Compte tenu notamment du volume du trafic dans le port en cause et de l'importance que revêt ce dernier au regard de l'ensemble des activités d'importation et d'exportation maritimes dans l'État membre concerné, ce marché peut être considéré comme constituant une partie substantielle du marché commun* » (arrêt du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, point 15).
216. En l'espèce, il y a lieu de relever que le port du Havre est le premier port français pour le transport de marchandises. En 2007, il a ainsi accueilli 62 % du trafic conteneurisé en France métropolitaine. Il peut donc être considéré comme constituant une partie substantielle du marché commun. Par ailleurs, les pratiques ont été mises en œuvre par des groupes de manutention et d'armement de dimension européenne voir mondiale, présents dans la plupart des ports européens, dont les chiffres d'affaires annuels étaient compris entre 36 millions d'euros et 37 milliards d'euros.
217. Le caractère sensible de l'affectation est donc établi.
218. Il résulte de ce qui précède que les pratiques en cause dans la présente affaire sont susceptibles d'avoir affecté de manière sensible le commerce entre Etats membres et peuvent donc être qualifiées au regard de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

D. SUR LE BIEN-FONDE DES GRIEFS

1. SUR LE MARCHÉ PERTINENT

219. L'analyse des pratiques en cause au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, suppose tout d'abord de définir le marché pertinent.
220. Se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les acheteurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Dans son rapport annuel pour 2001, le Conseil de la concurrence a précisé que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constituait le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent.
221. Il résulte de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence que lorsque « *les pratiques [...] sont recherchées au titre de la prohibition des ententes [i]l n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre* » (voir décision n° 05-D-27 du 15 juin 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc, paragraphe 28).

a) Sur le marché de services

222. Les pratiques en cause concernent l'activité de la manutention portuaire pour le transport de conteneurs, laquelle regroupe, comme il a été indiqué précédemment « *toutes les opérations qui réalisent la mise à bord et le débarquement des marchandises y compris les opérations de mise et de reprise sous hangar et sur terre-plein, qui en sont le préalable ou la suite nécessaire* » (article 50 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et le transport maritime).
223. En matière de contrôle des concentrations dans le secteur de la manutention portuaire, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, comme la Commission européenne, a distingué l'activité de manutention portuaire de marchandises en conteneurs de l'activité de manutention portuaire de marchandises non conteneurisées. Ainsi, la première activité est caractérisée par l'existence d'opérateurs spécialisés, de tarifs spécifiques et d'exigences particulières en termes de prestations et d'infrastructures (voir, notamment, lettre en date du 10 mai 2006, aux conseils de la société Moller Maersk, relative à une concentration dans le secteur de la manutention de conteneurs).
224. Par ailleurs, la Commission européenne a également distingué les prestations de manutention portuaire selon le type de trafic concerné, à savoir le trafic avec l'arrière-pays (l'hinterland) et le transbordement. Ainsi, l'hinterland correspond à des zones d'influence économique, structurées par des axes de desserte terrestre (transport de conteneurs directement d'un navire vers l'arrière-pays ou inversement). En revanche, le transbordement consiste à faire passer des conteneurs d'un navire à un autre (voir décision de la Commission européenne du 5 juin 2008, aff. COMP/M.5066, Eurogate/APMM, paragraphe 13).
225. En l'espèce, le marché de services peut être défini comme celui de la manutention portuaire de conteneurs, sans qu'il soit nécessaire de distinguer les prestations de manutention portuaire selon le type de trafic concerné. En effet, les pratiques examinées concernent indifféremment l'ensemble des opérations de manutention, qu'il s'agisse de prestations destinées au transbordement ou à l'hinterland, de sorte que l'analyse concurrentielle reste la même quel que soit le type de trafic considéré.

b) Sur le marché géographique

226. S'agissant de la dimension géographique du marché, il convient également de se référer à la pratique décisionnelle du ministre de l'économie et de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations.
227. Ainsi, concernant les services de manutention portuaire de conteneurs liés à un trafic avec l'hinterland d'Europe du Nord, il a tout d'abord été retenu un marché géographique, appelé "arc Nord", qui comprendrait les ports situés entre Hambourg et Le Havre. En effet, ce territoire géographique se caractériserait par des conditions de concurrence suffisamment homogènes pour être distingué des zones voisines, comme celles des ports des îles britanniques (voir décision de la Commission européenne COMP/M.3576 ECT/PONL/Euromax, en date du 22 décembre 2004, ainsi que la lettre du ministre de l'économie du 10 mai 2006 précitée).
228. Dans sa décision du 5 juin 2008, précitée, la Commission européenne a suggéré qu'un marché plus restreint pouvait être distingué. Elle a ainsi relevé que l'existence de plusieurs facteurs (coûts et délais de traitement plus faibles) pouvaient contribuer à limiter le marché géographique à une zone partant du port du Havre et comprenant uniquement les ports

commerciaux belges, à l'exclusion des ports allemands. Par ailleurs, en ce qui concerne le transbordement, la Commission européenne a souligné que le port du Havre n'était pas substituable à d'autres ports de l'arc Nord en raison de sa distance par rapport à certaines routes maritimes majeures, à certains marchés de transbordement, et à certains ports secondaires scandinaves et baltiques. La faible substituabilité du port du Havre s'expliquerait également par des capacités de stockage limitées.

229. Cependant, dans la mesure où la création de Port 2000 vise précisément à améliorer la capacité d'accueil du port du Havre, la productivité de ses activités de manutention et de manière plus générale, sa compétitivité avec les ports de l'arc Nord, il convient de retenir le marché géographique pertinent de l'"arc Nord" européen.
230. Il résulte de ce qui précède que le marché pertinent peut être défini comme celui de la manutention portuaire de conteneurs dans la zone de l'"arc Nord" européen.

2. SUR L'EXISTENCE D'UNE CONCURRENCE INTRA-PORTUAIRE

231. Les parties mises en cause font valoir que les terminaux de Port 2000 ont été créés pour constituer des "hubs" maritimes, c'est-à-dire, selon TPO, « *des organisations logistiques intégrées au profit exclusif ou quasi-exclusif des besoins de l'armement* ». Les manutentionnaires chargés de la gestion de ces terminaux ne seraient donc pas en concurrence, ni entre eux, ni avec les manutentionnaires exploitant des terminaux ouverts à plusieurs utilisateurs.
232. Il ressort des éléments du dossier qu'en confiant l'exploitation des terminaux de Port 2000 à des entreprises communes composées d'armateurs et d'opérateurs de manutention, le PAH avait pour objectif d'attirer du trafic de transbordement et d'assurer ainsi la rentabilité des terminaux concernés.
233. Cependant, contrairement à ce que soutiennent les parties, rien ne permet de conclure à une assimilation des terminaux de Port 2000, fussent-ils des "hubs", à des plateformes exclusivement dédiées aux trafics apportés par les armateurs impliqués dans leur exploitation. En effet, les CET des opérateurs de Port 2000 ne sont pas assorties d'obligations d'exclusivité. D'ailleurs, dans la plupart des cas, les volumes de conteneurs traités par les terminaux du port du Havre proviennent pour partie d'armateurs qui ne sont pas ceux impliqués dans l'exploitation du terminal (dits les "clients tiers").
234. Ainsi, les volumes apportés au terminal TDF (GMP) par CMA CGM ne représentent que 50 % des volumes traités. Ceci est conforme à l'intention des opérateurs et du port du Havre puisque le protocole d'intention conclu entre CMA CGM, GMP et le PAH en date du 15 juillet 2002 prévoyait que les postes à quai attribués à GMP à Port 2000 « *seront mis à disposition prioritairement pour les navires de CMA CGM sans compromettre le caractère multi-users du terminal* ».
235. Il en va de même pour TPO. En effet, au cours de l'instruction, l'établissement portuaire a confirmé qu'« *il est indifférent pour le PAH que les volumes manutentionnés par TPO proviennent de trafics générés par MAERSK ou par d'autres compagnies* » (cote MC 3837). L'accord de politique commerciale signé le 20 février 2007 par le PDG de TPO et les dirigeants d'APMM et de Perrigault prévoit également que « *le terminal à conteneurs de TPO fonctionnera comme un terminal multi-utilisateurs* ».
236. En outre, d'après les éléments du dossier, la concurrence intra-portuaire au Havre est bien réelle. Ainsi, comme il a été exposé aux paragraphes 97 à 101, la concurrence existe entre

les opérateurs de manutention pour acquérir une clientèle auprès des armateurs. Cette concurrence se manifeste aussi bien entre TPO et TDF, qu'entre ces opérateurs et les autres terminaux multi-utilisateurs du port du Havre situés en dehors de la zone de Port 2000.

237. La concurrence entre les opérateurs de manutention existe également pour l'obtention de capacité d'exploitation, c'est-à-dire de surface de quai et des terre-pleins adjacents (les "postes à quai"). En effet, comme APMM l'a souligné dans ses observations, l'intérêt de chaque opérateur de manutention est de disposer d'un espace aussi grand que possible d'un seul tenant afin de recevoir un ou plusieurs navires. Le nombre de postes à quai étant limité, les opérateurs de manutention sont en concurrence pour l'obtention des autorisations d'occupation.
238. Le moyen soulevé par les parties tiré d'une absence de concurrence intra-portuaire est donc inopérant et doit être écarté.

3. SUR LE GRIEF D'ENTENTE DE PARTAGE DE CLIENTELE

239. Il est reproché à Perrigault et à TPO 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. L'entente anticoncurrentielle résulte d'une application extensive par Perrigault et TPO de la clause de non-concurrence figurant dans le MOA signé par les coassociés Perrigault et APMM, ainsi que du recours systématique à TPO comme sous-traitant de Perrigault. Une telle pratique, dont l'objectif est d'interdire à TPO de concurrencer les autres terminaux du port du Havre, est visée par le premier grief tiré de l'existence d'une entente de partage de clientèle prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.
240. Dans leurs observations, Perrigault et TPO contestent l'existence de l'entente anticoncurrentielle qui leur est reprochée. Les parties allèguent, tout d'abord, l'absence d'autonomie de TPO à l'égard de Perrigault. Elles font ensuite valoir que l'existence d'un concours de volontés entre TPO et Perrigault n'est pas établie et qu'elles n'ont pas appliqué la clause de non-concurrence de manière extensive. Elles soutiennent enfin que l'entente reprochée est dépourvue d'effets anticoncurrentiels et, qu'en tout état de cause, une telle pratique a contribué à promouvoir le progrès économique.

a) Sur la prétendue absence d'autonomie de TPO à l'égard de Perrigault

241. Avant d'examiner les différents arguments avancés par Perrigault et TPO pour démontrer l'absence d'autonomie de TPO à l'égard de Perrigault, il convient de rappeler les principes applicables en matière d'entente anticoncurrentielle dans le cadre des relations entre des sociétés mères et leur filiale commune.

Le rappel des principes applicables en matière d'entente anticoncurrentielle dans le cadre des relations entre des sociétés mères et leur filiale commune

242. Il ressort de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence ainsi que d'une jurisprudence constante, tant nationale que communautaire, que la prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est 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. 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 (voir, notamment, arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 24 octobre 1996, *Viho/Commission*, C-73/95 P, Rec. p. I-5457, point 51, et décision du Conseil de la concurrence n° 99-D-18 du 2 mars 1999 relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoires 3M Santé).

243. 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 œuvre de manière autonome sur le marché une stratégie industrielle, financière et commerciale.
244. La jurisprudence communautaire considère que pour qu'une filiale forme une unité économique avec ses sociétés mères, et puisse être de ce fait considérée comme dépourvue d'autonomie, ces sociétés doivent avoir « *un intérêt économique identique* [de manière à ce qu'il n'existe] *aucune virtualité de concurrence entre les personnes qui participent simultanément, comme une seule partie, à l'accord en question* » (voir, arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, 170/83, Rec. p. 2999, point 11).
245. Dans le cadre de procédures de mise en concurrence, les juridictions nationales estiment que le dépôt d'offres distinctes par des entreprises appartenant à un même groupe manifeste leur autonomie commerciale et l'indépendance de ces offres (voir arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2003, *SAS Signaux Laporte*, et décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération, paragraphe 125).
246. L'existence d'une autonomie commerciale et financière réelle de l'entreprise commune à l'égard de ses sociétés mères doit donc être démontrée au regard de l'ensemble de ces critères.

L'application de ces principes au cas d'espèce

Sur la participation des sociétés mères au capital de TPO et le rôle joué par le conseil d'administration

247. Pour démontrer l'absence d'autonomie de TPO, les parties font valoir que le conseil d'administration de TPO, qui contrôlerait son activité quotidienne, répercute dans la gestion de la filiale commune tout blocage intervenant entre les deux sociétés mères, dont chacune désigne respectivement le PDG et le DGD. TPO souligne également que les démarches commerciales de l'entreprise commune auprès de clients tiers sont soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration.
248. Mais les éléments du dossier démontrent que Perrigault et APMM détiennent chacune 50 % du capital de TPO et des droits de vote au sein de son conseil d'administration. Le conseil d'administration de TPO comprend en effet un nombre identique d'administrateurs issus de chacune des deux sociétés mères. Toutes les décisions sont prises à la majorité des voix et les décisions importantes en matière de gestion requièrent l'unanimité.
249. 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,

Gosme/Martell-DMP, paragraphe 30, et du 14 septembre 1999, aff. IV/36.213/F2, GEAE/P&W, paragraphes 66 à 68).

250. 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.
251. 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.
252. 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).
253. 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.

Sur l'ouverture de TPO aux clients tiers

254. Les parties prétendent que TPO n'est pas autonome de ses sociétés mères en raison du caractère "*dédié*" du terminal de TPO au groupe APMM. Elles se prévalent du caractère "*théorique*" voire "*impossible*" de l'acquisition d'une clientèle tierce par TPO. La politique commerciale de l'entreprise commune imposerait d'ailleurs de faire "*primer*" le traitement des volumes d'APMM sur les trafics provenant de clients tiers. APMM disposerait, à cet égard, d'un droit de "*premier refus*".
255. Cependant, ces arguments manquent en fait.
256. La notification de la création de l'entreprise commune adressée par APMM et Perrigault au ministre de l'économie le 7 avril 2006 précise en effet que l'entreprise commune exercera ses activités de manière autonome et indépendante et ne sera pas exclusivement dédiée aux besoins d'APMM. Les parties ont en effet prévu « *la possibilité d'offrir leurs services à des compagnies maritimes tierces* » et ont souligné que les avantages économiques attendus de la création de TPO incluent l'offre d'« *un meilleur service pour les clients du port, c'est-à-dire les chargeurs et armateurs* ».
257. La contradiction entre ces déclarations et la position soutenue par Perrigault et TPO dans le cadre de la présente affaire avait déjà conduit le Conseil de la concurrence, lors de l'examen de la demande de mesures conservatoires d'APMM, à interroger les parties mises en cause sur la sincérité des informations communiquées au ministre le 7 avril 2006. Dans sa décision n° 08-D-19, le Conseil avait ainsi relevé : « *en séance, les représentants de Perrigault ont clairement réitéré leurs déclarations selon lesquelles la notification de la création de l'entreprise commune avait été faite sans dissimulation ou tromperie et que le ministre l'avait autorisée en considérant à juste titre que TPO serait bien une entreprise autonome* » (voir paragraphe 39 de la décision n° 08-D-19).

258. De plus, les arguments des parties contredisent les termes du MOA signé par les coassociés Perrigault et TPO et de l'accord du 20 février 2007 définissant la politique commerciale de TPO.
259. Ainsi, le MOA prévoit expressément que TPO « *devr[a] pouvoir exercer [ses] activités de manière autonome et indépendante en bénéficiant en interne des ressources nécessaires* » (article 3.3). L'activité de TPO n'est pas exclusivement réservée à APMM, puisque TPO a pour objet « *d'exploiter le Terminal notamment pour l'activité de son principal client* » (article 2.1.1). Il est ainsi prévu qu'elle pourra manutentionner des volumes confiés par des tiers (article 4.3).
260. Conformément à ces stipulations, Perrigault et APMM ont déclaré, dans la notification de la création de TPO au ministre, que « *[d]ans le « Mémoire of Agreement », Mærsk Line est cité comme étant le « principal client » de l'entreprise commune, mais il ne dispose d'aucune exclusivité. Concernant les volumes confiés par des tiers, il est prévu que « toute démarche de [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 ». Au vu des dispositions qui précèdent, les parties ont prévu la possibilité d'offrir leurs services à des compagnies maritimes tierces.* ».
261. TPO est également dotée d'une politique commerciale propre qui énonce que « *[l]e terminal à conteneurs de TPO fonctionnera comme un terminal multi-utilisateurs* » (cote MC 392).
262. Enfin, il ne ressort nullement des pièces au dossier que les droits accordés à APMM pour l'utilisation du terminal empêchent l'entreprise commune d'ouvrir son activité aux clients tiers. En effet, APMM n'a cessé de demander, lors de plusieurs conseils d'administration de TPO, que l'entreprise commune offre ses services à des clients tiers. Il ne saurait dès lors être admis que la prétendue priorité allouée au traitement des volumes d'APMM dans la politique commerciale de TPO ait pu contraindre l'activité de TPO en l'empêchant d'offrir ses services aux clients tiers.
263. Par ailleurs, les dispositions du contrat de terminal entre APMM et TPO dont se prévaut cette dernière au titre du "*droit de premier refus*" accordé à APMM, définissent des conditions de délai contraignantes empêchant l'armateur de paralyser l'activité du terminal. Ceci est étayé par plusieurs éléments au dossier qui démontrent que cette clause a bien été utilisée, en pratique, par TPO, pour contracter librement avec des clients autres qu'APMM sans que ce dernier puisse bloquer la capacité de TPO (cotes 302-303 et 792).
264. Il en résulte que c'est à tort que les entreprises mises en cause prétendent que TPO n'est autorisée qu'à traiter les volumes provenant d'APMM.

Sur l'existence d'organes de direction propres et d'une politique commerciale indépendante

265. 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 (cote 72).
266. 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.

267. 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.
268. 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 œuvre une politique commerciale propre, expressément ouverte aux clients tiers, de manière autonome.
269. 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 « *[l]es tarifs en vigueur au Terminal seront négociés par [TPO] en fonction de sa stratégie commerciale et de ses impératifs économiques et sociaux* ».
270. Par ailleurs, dans le document en date du 20 février 2007 définissant la politique commerciale de TPO, il est indiqué que TPO est « *un opérateur de terminal indépendant, et il exécutera sa propre politique* » (cote MC 392). TPO conteste cependant dans ses observations que ce document puisse démontrer l'indépendance de la politique commerciale de TPO au motif que sa rédaction a fait l'objet d'âpres négociations entre les sociétés mères et l'entreprise commune. Mais un tel argument, qui consiste à affirmer qu'un document dûment négocié et signé par les parties prouve le contraire de ce qu'il énonce, ne peut être admis.
271. 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 non-concurrence 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 TPICE du 10 mars 1992, SIV e.a./Commission (T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, point 357).

Sur le comportement des entreprises en cause sur le marché

272. TPO considère que son autonomie doit être appréciée *in concreto*, « *à l'épreuve de son fonctionnement* ». A cet égard, TPO prétend que son opposition à APMM ne manifesterait qu'un désaccord entre actionnaires, et non un désaccord de l'entreprise commune puisque celle-ci ne serait pas autonome.
273. Les faits relevés contredisent cependant cette présentation. Premièrement, 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.

274. Deuxièmement, 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 (cotes 562-568). La capacité de TPO à s'opposer aux demandes d'une de ses sociétés mères atteste donc de l'autonomie de l'entreprise commune.
275. Troisièmement, 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.
276. Dans ce contexte, TPO ne saurait arguer que la coordination de son comportement avec l'un de ses actionnaires démontre, en réalité, son manque d'autonomie. TPO et ses sociétés mères ont présenté l'entreprise commune comme une entité autonome sur le marché, l'ont doté de moyens suffisants et d'une politique commerciale propre établissant son indépendance, et TPO elle-même s'est comportée de manière autonome sur le marché. Il en découle 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 TFUE.

b) Sur l'existence d'un concours de volontés entre TPO et Perrigault

277. TPO et Perrigault contestent l'existence d'un concours de volontés de nature à caractériser l'entente reprochée. Elles allèguent, tout d'abord, que leurs comportements s'expliquent uniquement par leur volonté de contraindre APMM à respecter ses engagements en termes d'apports de volumes. Elles font valoir ensuite que la notification de griefs ne repose que sur de simples comportements unilatéraux qui ne démontrent pas l'adhésion de TPO à la volonté de Perrigault. Enfin, elles invoquent, qu'en pratique, TPO a entrepris plusieurs démarches commerciales envers des clients tiers.

Sur la volonté de contraindre APMM à respecter ses engagements et la défense de l'intérêt du port du Havre

278. Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions communautaires que « *des entreprises ne sauraient justifier une infraction aux règles de la concurrence en prétextant qu'elles y ont été poussées par le comportement d'autres opérateurs économiques* » (voir arrêt du TPICE du 15 mars 2000, T-25/95, Cimenteries CBR/Commission, Rec. p. II-491, points 2557 à 2559).
279. Ainsi, à supposer contraignante l'annonce de volumes faite par APMM, qui fait d'ailleurs l'objet d'un contentieux commercial entre les parties initié en cours d'instruction, les entreprises mises en cause ne sauraient se prévaloir de la défaillance d'APMM pour justifier leurs comportements anticoncurrentiels.
280. Par ailleurs, les entreprises mises en cause ne sauraient non plus se prévaloir de la défense l'intérêt du port, consistant dans la prétendue limitation de l'ouverture commerciale des terminaux de Port 2000 aux seuls volumes "nouveaux", à l'exclusion de toute concurrence

intra-portuaire. En effet, au cours de l'instruction l'établissement portuaire a bien déclaré qu'« *il est indifférent pour le PAH que les volumes manutentionnés par TPO proviennent de trafics générés par MAERSK ou par d'autres compagnies. D'ailleurs l'activité de chaque terminal est d'abord tributaire de sa performance, dans le respect du principe de base de libre concurrence* » (cote MC 3837).

281. Il résulte de ce qui précède que les arguments développés par TPO et Perrigault pour justifier leurs comportements sont inopérants.

Sur le caractère prétendument unilatéral des comportements retenus

282. Selon TPO, le fonctionnement concret de l'entreprise commune ne serait pas le résultat d'une entente mais celui de la mise en œuvre parallèle de comportements unilatéraux adoptés par ses deux actionnaires, agissant par le biais de leurs représentants respectifs au sein de l'entreprise commune, le PDG et le DGD.

283. Selon les juridictions communautaires, la preuve d'une entente réside dans « *l'expression, par les entreprises participantes, de la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* » (voir arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. 1999, p. I-4125, point 130). L'expression de cette volonté commune peut résulter de la rencontre entre l'invitation faite par une entreprise à une autre à se comporter d'une manière déterminée sur le marché et l'adhésion de cette entreprise à cette sollicitation.

284. Toujours selon ces juridictions, « *pour qu'un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie [...]* » (voir arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 janvier 2004, BAI et Commission/Bayer, C-2/01 P et C-3/01 P, Rec. p. I-23, point 102).

285. 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.

286. 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.

287. En effet, TPO a appliqué la clause de non-concurrence 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 vis-à-vis 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* » (traduction de l'anglais, cotes 566-568) (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.

288. Il résulte des considérations qui précèdent que, contrairement à ce que soutient TPO, Perrigault et TPO ont bien exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée.

Sur l'absence d'interdiction de contracter avec des clients tiers

289. TPO et Perrigault contestent le caractère probant des éléments utilisés par l'instruction pour démontrer l'entente de répartition de clientèle. Ainsi, selon les parties mises en cause, les déclarations du PDG de TPO au conseil d'administration de l'entreprise commune ne constituaient qu'un "*moyen de pression psychologique*" pour inciter APMM à respecter ses engagements. Par ailleurs, il s'agissait également d'appeler l'attention d'APMM sur les désagréments sociaux susceptibles de se produire si TPO concurrençait les anciens terminaux présents au port du Havre. A cet égard, elles ont rappelé qu'en 2005, les syndicats exigeaient qu'il n'y ait pas de transfert des trafics des terminaux anciens vers les terminaux nouvellement construits pour ne pas vider les anciens terminaux de toute activité.
290. Dans sa décision de mesures conservatoires, précitée, le Conseil de la concurrence avait cependant relevé que « *les termes utilisés par le groupe Perrigault dans ses rapports avec TPO et le groupe APMM excèdent la simple « mise en garde » alléguée* » (paragraphe 52). Les termes utilisés par TPO sont également dénués d'ambiguïté comme en témoignent les éléments exposés aux paragraphes 59 à 74. Ainsi, TPO s'interdit de « *trouver son développement dans une démarche commerciale sur les terminaux intérieurs* » (voir paragraphe 70) et considère que : « *nous ne voulons pas commercer avec des tiers car c'est contraire aux accords, notamment sur le plan social* » (voir paragraphe 60).

c) Sur l'application de la clause de non-concurrence

291. TPO et Perrigault font valoir que l'application de la clause de non-concurrence ne revêt aucun objet anticoncurrentiel dès lors qu'elle ne vise qu'à protéger les intérêts du groupe Perrigault. Perrigault fait valoir également que limiter la notion de "*clientèle*", pour l'application de la clause, aux seules lignes qui font effectivement escale sur ses terminaux serait inapplicable en pratique puisque ni les contrats de manutention, ni les documents comptables des manutentionnaires ne font référence à ces lignes. Elle souligne encore que les armateurs "*non transporteurs*" ne sont pas de véritables clients des opérateurs de manutention. Elle rappelle enfin que la clause de non concurrence n'interdit pas à TPO de contracter avec des clients tiers, mais seulement de les démarcher.
292. Comme il a été indiqué au paragraphe 134, si, dans leur principe, les clauses de non-concurrence ne sont pas en elles-mêmes illicites, elles peuvent être contraires aux articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, si elles s'avèrent disproportionnées dans leur champ ou leur durée à l'objectif qu'elles poursuivent ou encore si leur application concrète conduit à porter une atteinte excessive à la concurrence. Ainsi, le conseil de la concurrence, confirmé par la cour d'appel de Paris a rappelé, plusieurs fois, que de telles clauses : « [...] *ne sauraient être légalement détournées de leur objet pour couvrir des agissements contraires aux règles de la libre concurrence* » (décision n° 92-D-20 du 17 mars 1992 relative au

secteur de la distribution des boissons confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 décembre 1992 ; voir également, décision n° 97-D-01 du 15 janvier 1997 relative à des pratiques du GIE les Tonnelleries de Bourgogne et arrêt de la Cour de cassation du 27 février 2001, GIE Les Tonnelleries de Bourgogne c/SA Tonnellerie Remond).

293. En l'espèce, il convient de rappeler que l'article 4.3 du MOA stipule que les parties « *entendent ne pas s'intéresser à la clientèle des terminaux opérés au Havre par PERRIGAULT référencée sur les douze derniers mois* ». L'objet de cette clause consiste donc à protéger le fonds de commerce de Perrigault. Ceci n'est d'ailleurs pas contesté par les parties, TPO relevant que la clause constituait une « *restriction accessoire* », nécessaire à la création de l'entreprise commune. Perrigault considère qu'une telle clause est destinée à lui permettre de protéger sa clientèle qui, même si elle est partagée avec d'autres concurrents, ne doit pas pour autant être transférée purement et simplement à la société TPO.
294. Si la clause de non-concurrence de l'article 4.3 du MOA conclue entre Perrigault et TPO peut être considérée comme directement liée et nécessaire à la réalisation de l'opération de création de la filiale commune TPO, et a été ainsi notifiée au ministre de l'économie, l'interprétation qui en a été donnée par les parties lui confère un champ d'application manifestement disproportionné par rapport à l'objet visé initialement puisqu'elle aboutit à couvrir la clientèle d'autres terminaux actifs au port du Havre. Si, en effet, Perrigault est en droit de protéger son fonds de commerce, elle ne saurait étendre cette protection à une clientèle qui ne lui est ni propre, ni personnelle. Elle ne peut donc intégrer, dans le champ d'application de la clause de non-concurrence, la totalité de la demande d'un armateur donné, dès lors qu'un de ses navires ou conteneurs a fait l'objet d'une escale sur un terminal de Perrigault, et de façon plus générale, la clientèle d'autres terminaux actifs au port du Havre. Une telle interprétation de la clause de non-concurrence conduit à organiser une répartition de clientèle en vertu de laquelle il est interdit à TPO de concurrencer tout manutentionnaire au port du Havre. Cette pratique aboutit à faire disparaître toute pression concurrentielle de la part de TPO sur le port du Havre.
295. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient Perrigault, il ne ressort pas de la rédaction de la clause de non-concurrence que celle-ci ne ferait qu'interdire à TPO de démarcher des clients, et non de contracter avec ceux qui, de leur propre chef, viendraient lui demander d'entrer en négociation commerciale. En effet, la clause de non-concurrence interdit à TPO de « *s'intéresser* » à la clientèle de Perrigault sans plus de précision. Au demeurant, cette précision n'a pas d'incidence sur la qualification de la pratique en cause puisque même si la clause de non-concurrence était limitée à la captation active de clientèle de la part de TPO, il n'en resterait pas moins que son application à une clientèle qui n'est pas servie par Perrigault en excède les termes et constitue une pratique anticoncurrentielle.
296. Il résulte de ce qui précède que l'application de la clause de non-concurrence dont se prévalent en commun Perrigault et TPO, qui va bien au-delà des termes de cette clause en aboutissant à restreindre l'activité commerciale de TPO à l'égard des autres terminaux du port du Havre, est disproportionnée par rapport à l'objectif de celle-ci. Elle caractérise l'objet anticoncurrentiel de l'entente notifiée.

d) Sur les effets anticoncurrentiels de l'entente de partage de clientèle

Sur les démarches commerciales entreprises par TPO envers des clients tiers

297. TPO et Perrigault soutiennent qu'en pratique, elles n'ont pas empêché l'entreprise commune d'effectuer des démarches commerciales envers des clients tiers. Ainsi, elles se prévalent des démarches commerciales que TPO auraient accomplies auprès de DAL et de CMA CGM en 2007, et auprès de plusieurs autres armateurs depuis le mois de décembre 2008. Perrigault relève par ailleurs que TPO n'aurait pas refusé de négocier avec les armateurs concernés, mais s'en serait tenue à les mettre en garde sur les procédures internes de TPO ou à constater l'absence de capacité disponible.
298. L'examen des arguments de TPO et Perrigault nécessite tout d'abord de rappeler l'impact de l'application de la clause de non-concurrence sur les perspectives commerciales de l'entreprise commune. Il conviendra ensuite de revenir sur les situations concrètes mises en exergue par l'instruction dans lesquelles l'entreprise commune n'a pas donné suite à des sollicitations commerciales provenant de clients tiers.

Sur l'impact de l'application par les parties mises en cause de la clause de non-concurrence sur les perspectives de l'entreprise commune

299. L'application de la clause de non-concurrence telle qu'elle a été mise en œuvre par Perrigault, en accord avec TPO, qui consiste à inclure dans le champ de ladite clause la totalité de la demande d'un armateur donné, dès lors qu'un de ses navires ou conteneurs a fait l'objet d'une escale sur un terminal de Perrigault, a produit des effets significatifs sur l'activité commerciale de TPO.
300. Ainsi, à partir des données fournies par TPO, il peut être démontré qu'en 2007, 80 % des volumes totaux traités par le Port du Havre étaient exclus du champ des prospections commerciales de l'entreprise commune (cote MC 3991). Ce chiffre s'explique en partie par le fait que la CMA CGM n'a pas été considérée comme une cliente "*accessible*", puisqu'elle figure sur la liste des armateurs concernés par la clause de non-concurrence et que TPO n'a pu établir de relations commerciales avec elle qu'à la suite de la décision de Perrigault de "*suspendre*" volontairement cette restriction (voir cotes MC 3164 et 6623).

Tableau n° 2 - Estimation de la part « accessible » pour TPO des volumes de conteneurs manutentionnés au port du Havre en 2007

	Estimation de TPO	Estimation corrigée (les volumes de CMA CGM étant couverts par la clause de non-concurrence selon Perrigault)
Volume total PAH 2007	2 435 000 EVP	
à retrancher :		
- Maersk	250 000 EVP	
- MSC	700 000 EVP	
« marché pertinent »	1 485 000 EVP	
Volume accessible total	1 030 000 EVP	330 000 EVP
dont :		
- CMA CGM	700 000 EVP	--
- Evergreen	140 000 EVP	140 000 EVP
- China Shipping	80 000 EVP	80 000 EVP
- Autres	110 000 EVP	110 000 EVP
Part accessible du marché pertinent	69,4 %	22,2 %

Sur les exemples concrets de refus de donner suite à des sollicitations commerciales de tiers

301. L'instruction a mis en évidence plusieurs cas dans lesquels TPO a refusé de contracter avec des clients tiers. Ainsi, les éléments exposés aux paragraphes 76 à 84 démontrent qu'en 2007, TPO n'a pas donné suite aux sollicitations répétées d'armateurs représentant le VSA Grand Alliance pour un éventuel transfert d'escalas de GMP et CNMP à TPO.
302. Les éléments au dossier établissent également que le refus par Perrigault de permettre à TPO de contracter directement avec MOL pour la manutention de conteneurs transportés sur le VSA SAECS, dont l'escale au port du Havre ne se situe pourtant pas sur son terminal, mais sur celui de CNMP, a contraint APMM à arrêter les négociations pour effectuer le transfert de ce VSA à TPO.
303. Perrigault fait valoir à cet égard qu'il n'est pas démontré qu'elle aurait interdit à TPO de contracter directement avec MOL. L'entreprise relève en outre qu'elle ne s'est pas opposée à la transmission d'une offre commerciale à DAL, le partenaire de MOL dans le VSA

SAECS. Elle prétend que, malgré l'émission d'une telle offre, DAL refuserait le transfert de SAECS à TPO, ce qui contredirait les faits reprochés.

304. Il ressort cependant du dossier qu'après avoir été informée, le 8 octobre 2007, de l'intention de Maersk Line de transférer le VSA SAECS à TPO, cette dernière a considéré le 27 novembre 2007 que « *nous ne pouvons pas avoir des relations directes avec les clients du Groupe PERRIGAULT. Quelques unes des compagnies énumérées sont concernées. Nous nous organiserons en conséquence* » (cotes 5230-5231), MOL figurant sur la liste du 11 octobre 2007 des armateurs pour lesquels Perrigault excluait la concurrence de TPO (cote MC 405). L'opposition de Perrigault à l'établissement de liens contractuels entre TPO et MOL et l'acquiescement de TPO à cette opposition sont donc établis.
305. Par ailleurs, Perrigault ne fournit aucun élément permettant d'attester le refus supposé de DAL de voir le VSA SAECS transféré à TPO. Les éléments versés au dossier par TPO, qui mentionnent simplement qu'à la date du 26 mai 2009 « *DAL hésit[ait]* », ne sont pas de nature à étayer les allégations de Perrigault.

Sur les démarches commerciales effectuées par TPO

306. Pour démontrer l'absence d'effets anticoncurrentiels de l'entente reprochée, TPO et Perrigault prétendent encore que TPO a librement pu établir des relations commerciales avec la CMA CGM et démarcher d'autres armateurs.
307. Cependant, les éléments du dossier révèlent que, dès le 11 octobre 2007, la CMA CGM figurait sur la liste des clients considérés par Perrigault comme "*inaccessibles*" pour TPO. Ainsi, malgré les demandes répétées formulées par CMA CGM auprès de TPO pour l'utilisation du terminal, le DGD de TPO a dû expliquer à CMA CGM, par courrier électronique du 21 décembre 2007 que : « *le Terminal de Normandie prétend que CMA CGM est l'un de leurs clients actuels et que TPO n'est donc pas autorisé à remettre un devis directement à CMA CGM* » (cotes 5153 à 5172).
308. D'après les déclarations du DGD de TPO « *les représentants du groupe Perrigault ont [...] inventé toutes les excuses possibles pour s'opposer au développement des relations de TPO avec CMA CGM* » (cote 5019).
309. Perrigault a d'ailleurs expliqué : « *nous avons un cas, avec CMA, dans lequel nous avons décidé de lever l'application de la clause de protection pour soutenir l'activité commerciale de TPO* » (cote MC 3164).
310. Ainsi, il ne saurait être considéré que TPO a librement pu établir des relations commerciales avec la CMA CGM.
311. En ce qui concerne les démarches commerciales de TPO auprès d'autres armateurs, il ressort du dossier que celles-ci ont été entreprises postérieurement à la décision de mesures conservatoires du Conseil de la concurrence.
312. Dans ces conditions, les démarches commerciales dont se prévalent TPO et Perrigault ne démontrent pas l'absence d'un concours de volontés entre elles pour restreindre, au moyen d'une application excessive de la clause de non-concurrence, la concurrence sur le marché de la manutention portuaire.

Sur le recours à la sous-traitance par TPO

313. Les parties mises en cause soutiennent encore que le recours à la sous-traitance de clients de Perrigault aurait été rendu nécessaire par la baisse, en novembre 2006, des volumes qu'APMM s'était initialement engagée à apporter à l'entreprise commune. Elles soulignent également que la sous-traitance était prévue dans le document de politique commerciale de TPO du 20 février 2008 et s'imposerait à celle-ci en priorité, avant toute démarche auprès de clients tiers. Perrigault fait enfin valoir que c'est légitimement qu'elle a eu recours à la sous-traitance en raison de la cessation d'activité sur ses terminaux due à des problèmes sociaux.
314. Mais, d'une part, il ressort de la lettre adressée à APMM par Perrigault le 11 octobre 2007 que le recours à la sous-traitance résulte non pas de la baisse des volumes qu'APMM s'était initialement engagée à apporter à l'entreprise commune mais de la volonté d'interdire à TPO de développer sa propre clientèle (voir paragraphe 90).
315. D'autre part, les conditions dans lesquelles la sous-traitance de la ligne JEX de NWA a été confiée à TPO démontrent que celle-ci a servi à Perrigault pour empêcher TPO de la concurrencer pour l'acquisition d'une nouvelle ligne, à savoir la ligne CNX de Hanjin/UASC, n'ayant auparavant jamais fait escale au Havre (voir paragraphes 96 à 101).
316. Par ailleurs, si le document de politique commerciale de TPO du 20 février 2008 prévoit la possibilité pour cette dernière d'intervenir en tant que sous-traitante de Perrigault, il est indiqué que la sous-traitance n'interviendra que « *dans le cas où des terminaux de Perrigault seraient dans l'impossibilité d'opérer ses clients existants* ». D'ailleurs, il est indiqué que « *[d]ès son ouverture, TPO a besoin d'augmenter son volume et par conséquent les démarches commerciales doivent commencer dès maintenant* ».
317. S'agissant du transfert de la ligne JEX, Perrigault souligne dans ses observations que TN disposait de deux postes à quai libres à l'époque des faits, alors que la ligne JEX n'occupait qu'un poste à quai (cote 14897). TN n'était donc pas dans l'impossibilité d'en assurer la manutention, ce qui démontre que les relations de sous-traitance entre TN et TPO ont été utilisées aux fins de restreindre la concurrence de l'entreprise commune.
318. Enfin, Perrigault soutient que les circonstances des négociations avec Hanjin et UASC n'étaient aucun comportement anticoncurrentiel puisque TN, disposant à l'époque des faits d'un contrat de manutention avec UASC comportant une clause d'exclusivité, n'était pas en concurrence avec TPO.
319. Mais, il ressort des termes de la clause 2.4.1. du contrat de manutention dont Perrigault se prévaut que « *si l'armateur signataire de ce contrat décide de coopérer avec un ou plusieurs autre(s) armateur(s) non mentionnés dans ce contrat, [...] ni l'armateur [UASC] ni l'opérateur de terminal ne pourront se prévaloir ou transférer tout ou partie de leurs droits à toute autre société ou compagnie sans le consentement préalable écrit de ces autres parties* » (cote 6673). Au demeurant, les sollicitations commerciales d'UASC en direction de TPO et GMP attestent que l'armateur s'estimait libre de contracter avec ceux-ci.
320. Il résulte de ce qui précède que l'entente a eu pour effets avérés d'empêcher TPO de contracter librement avec des clients potentiels, que les termes de la clause de non-concurrence n'incluaient pas dans son champ d'application.

e) Sur l'application des articles L. 420-4 du code de commerce et 81, paragraphe 3 du traité CE, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE

321. TPO soutient que l'existence d'une clause de non-concurrence constituait une garantie indispensable, sans laquelle Perrigault n'aurait pas consenti à investir dans la création de l'entreprise commune. A ce titre, l'entente reprochée entrerait dans le champ d'application de l'article L. 420-4 du code de commerce. En effet, selon une étude économique produite par TPO (ci-après l'"étude RBB"), la clause de non-concurrence prémunirait Perrigault contre un risque de *"hold-up"*. Ce risque résulterait de l'aléa moral pour Perrigault à investir *ex ante* dans une entreprise commune, dont la rentabilité dépend *ex post* du respect par son coactionnaire d'engagements d'apports de volumes. Ainsi, selon l'étude RBB, l'investissement initial de Perrigault n'avait de sens que « *dans la perspective d'une utilisation intensive des terminaux, grâce à des volumes additionnels* ». La clause de non-concurrence constituerait donc une protection visant à éviter « *les risques de détournement de trafic entre l'ancien port et Port 2000, ce qui aurait été préjudiciable à Perrigault [...] [et] contraire aux objectifs du PAH* ».
322. L'article 81, paragraphe 3 du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 3 du TFUE prévoit que « [...] *les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :*
- *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
 - *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises,*
- et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*
- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
 - b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».*
323. Le 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce prévoit pour sa part que « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : [...] dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause [...]* ».
324. Il incombe à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle qui souhaite bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement des articles susvisés de démontrer que les conditions posées par ces dispositions sont remplies, à savoir l'existence d'un progrès économique, et le caractère indispensable de la restriction de concurrence mise en œuvre pour obtenir le progrès économique allégué.
325. Il convient de relever, à titre liminaire, que l'étude RBB se fonde sur une justification économique différente de celle invoquée par Perrigault. En effet, selon l'étude RBB, la clause de non-concurrence litigieuse ne viserait pas simplement à protéger Perrigault de la concurrence de TPO, elle viserait plus généralement à empêcher TPO de *"détourner à son profit"* le trafic du port intérieur. L'étude RBB repose donc sur le postulat que Perrigault ne

se serait pas engagée dans la création de TPO sans garantie que l'entreprise commune ne puisse concurrencer non-seulement ses propres activités, mais également celle de ses concurrents dans le port intérieur du Havre.

326. Mais la clause de non-concurrence a pour seul objet d'empêcher TPO de « *s'intéresser à la clientèle de Perrigault* ». Perrigault a donc considéré à l'époque que cette clause était suffisante pour assurer la rentabilité de son investissement dans l'entreprise commune.
327. A supposer que Perrigault ait donné à cette clause, au moment de la constitution de la filiale commune, l'interprétation extensive rappelée plus haut, une telle clause qui était sans rapport avec les services faisant l'objet de l'activité de Perrigault et n'était pas destinée à garantir la valeur des actifs de cette entreprise, n'aurait été en aucune manière nécessaire à la réalisation de l'opération créant TPO. Elle aurait au contraire été destinée à protéger les compétiteurs de Perrigault de la concurrence potentielle de TPO et aurait présenté, par conséquent, un objet manifestement anticoncurrentiel, prohibé par les dispositions des articles 81, paragraphe 1 du traité et L. 420-1 du code de commerce. La justification avancée par l'étude RBB n'est donc pas admissible.
328. L'objet que l'étude RBB assigne à la clause de non-concurrence est sans commune mesure avec la valeur des services offerts par Perrigault ou le montant de son engagement dans l'entreprise commune. Ainsi, les montants facturés par Perrigault pour les seuls services de manutention représentent moins d'un tiers des montants facturés par l'ensemble des terminaux du port du Havre (hors TPO). La disproportion est encore plus marquée lorsque l'on rapproche la contribution de Perrigault au capital de TPO - montant qui serait garanti par l'application de la clause de non-concurrence à la totalité du port selon l'étude RBB -, de l'ordre de 10 millions d'euros, à la valeur des services de manutention du port, le rapport passant alors de 1 à 17.
329. Il ne peut donc être admis que la prévention d'un risque de « *hold-up* » justifie l'extension du champ de la clause de non-concurrence prônée par Perrigault.
330. Enfin, comme le cabinet RBB l'a confirmé en séance, l'étude omet d'examiner l'impact de la restriction de l'activité commerciale de TPO aux seuls volumes d'APMM sur la rentabilité du terminal, postulant à tort que TPO ne pouvait développer son offre commerciale en direction des clients tiers. A cet égard, il ne saurait être admis qu'une telle restriction serait conforme aux objectifs de l'établissement portuaire puisque le PAH a clairement expliqué, durant l'instruction, qu'il était pour lui « *indifférent [...] que les volumes manutentionnés par TPO proviennent de trafics générés par Maersk ou par d'autres compagnies [soulignant que] l'activité de chaque terminal est d'abord tributaire de sa performance, dans le respect du principe de base de libre concurrence* » (cote MC 3837).
331. Par conséquent, en fondant toute leur démonstration sur l'assertion que la rentabilité du terminal de TPO ne pouvait être atteinte que par la manutention des seuls navires d'APMM, sans examiner l'impact des comportements effectivement relevés dans le dossier, les parties n'apportent pas la preuve que les pratiques en cause sont justifiées par un progrès économique.
332. Il résulte de ce qui précède que l'entente de répartition de clientèle reprochée n'entre pas dans le champ d'application des articles L. 420-4 du code de commerce et 81, paragraphe 3 du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE.

4. SUR LE GRIEF D'ENTENTE DE PARTAGE DE CAPACITE

333. Il est reproché aux sociétés TPO, Perrigault, TNMSC, GMP, CMA CGM et APMM d'avoir participé à une entente de partage de capacité portant sur les postes à quai disponibles à Port 2000. En effet, en s'accordant entre elles sur la répartition de la surface de quai disponible, TPO, TNMSC, GMP et leurs sociétés actionnaires ont substitué sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. Une telle pratique, qui porte sur une répartition de marchés, est contraire aux articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.
334. L'entente en cause est démontrée par l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par l'ensemble des éléments décrits aux paragraphes 102 à 129. Ces éléments sont principalement : les comptes rendus des réunions de juillet et octobre 2006 établis par le PAH, les notes manuscrites prises aux cours de ces réunions par M. Y..., le directeur général adjoint de TN et administrateur de TPO, les déclarations des parties mises en cause et enfin, plusieurs courriers électroniques et documents saisis dans les locaux des entreprises le 13 mars 2008.
335. Les parties contestent l'existence de l'entente au motif tout d'abord qu'il n'existerait pas de concours de volontés portant sur la répartition des postes à quai de Port 2000. Elles font valoir également que l'entente reprochée ne peut se voir assigner un objet anticoncurrentiel ou des effets restrictifs de concurrence. Elles assurent que le bilan économique des pratiques reprochées est favorable au sens des articles L. 420-4 du code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE devenu l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Enfin, les parties contestent leur participation individuelle à l'entente reprochée.
336. Avant de répondre à l'ensemble de ces moyens, il convient de rappeler à titre liminaire que l'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE (devenu 101 du TFUE) dépend de la réunion de deux conditions : il faut établir, premièrement, l'existence d'un concours de volontés et démontrer, deuxièmement, que celui-ci a pour objet ou pour effet une restriction sensible de la concurrence.

a) Sur l'existence d'un concours de volontés portant sur la répartition des postes à quai de Port 2000

337. Les parties soutiennent qu'aucun concours de volontés entre les opérateurs de manutention portant sur la répartition des postes à quai ne serait intervenu lors des réunions de juillet et octobre 2006. En effet, le GPMH ne se serait pas engagé formellement à attribuer des postes à quai aux entreprises. Or, s'agissant d'un accord de répartition de marché, l'absence d'accord sur l'objet à répartir et les modalités de sa répartition serait incompatible avec la démonstration d'une telle infraction. Les parties font valoir également qu'elles n'auraient pas collectivement formulé un intérêt pour l'attribution d'un quatrième poste à quai, mais seulement chacune individuellement, en ce qui la concerne.
338. Il résulte de la jurisprudence communautaire que « *pour qu'il y ait accord, il suffit que deux entreprises au moins aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* » (voir, notamment, arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69, Rec. p. 661, point 112, et du 11 janvier 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commission, C-277/87, Rec. p. I-45, publication sommaire, point 13).

339. En l'espèce, le grief notifié consiste en une entente entre les opérateurs actifs à Port 2000 en vue de se répartir entre eux la capacité disponible à Port 2000. Comme le démontrent les éléments du dossier exposés aux paragraphes 102 à 123, lors des réunions de juillet et octobre 2006 les parties mises en cause ont décidé collectivement que TPO, GMP et TNMSC disposeraient chacune à terme de quatre postes à quai à Port 2000. Les entreprises se sont donc bien mises d'accord sur le comportement que chacune d'elles allait adopter sur le marché.
340. En tout état de cause, pour caractériser une entente au sens des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, devenu l'article 101 du TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que les entreprises en cause se soient engagées, par un accord formel, à adopter un comportement déterminé sur le marché.
341. En effet, toujours selon la jurisprudence communautaire, « [...] si l'article 85 [devenu 81 du traité CE puis 101 du TFUE] distingue la notion de "pratique concertée" de celle "d'accords entre entreprises" ou de "décisions d'associations d'entreprises", c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de cet article une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. Que par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants » (arrêt du 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 64).
342. En l'espèce, en partageant de manière réciproque leur intérêt pour l'attribution d'un quatrième poste à quai, les entreprises concurrentes réunies autour du "Yalta" (voir paragraphes 103 et suivants) ont bien exprimé une volonté collective qui supprimait toute incertitude sur le jeu anticoncurrentiel. De même, comme il a été rappelé plus haut, il n'était pas nécessaire que, lors des réunions de juillet et octobre 2006, le GPMH se soit engagé formellement à attribuer aux entreprises les postes à quai visés par les discussions.
343. Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que prétendent les parties, un concours de volontés entre les parties mises en cause est caractérisé par les pièces réunies au dossier.

b) Sur l'objet anticoncurrentiel des réunions intervenues en juillet et octobre 2006

344. Les parties mises en cause contestent le caractère anticoncurrentiel des réunions de 2006. A cet égard, elles allèguent que ces réunions avaient uniquement pour objet d'organiser le "ripage" des terminaux. D'ailleurs, une entente sur l'agencement global des postes à quai n'aurait pas été possible dès lors que l'attribution des postes n° 1 à 9 était acquise à la date des réunions litigieuses et que seuls les deux postes à quai n° 11 et 12 demeuraient disponibles. Les entreprises mises en cause n'auraient pu s'entendre sur un objet qui leur échappe, en l'espèce l'attribution d'autorisations d'occupation du domaine public qui relevait de l'établissement public portuaire. Elles font valoir également que les réunions litigieuses étaient organisées à l'initiative du PAH, en accord avec les autorités de tutelle et qu'en tout état de cause, la consultation de l'ensemble des opérateurs à laquelle le GPMH a procédé constitue une bonne méthode d'allocation des ressources. Enfin, TPO, Perrigault et GMP considèrent que l'utilisation du terme "Yalta" pour désigner les réunions ne saurait leur être opposée.

Sur l'objet des réunions intervenues en juillet et octobre 2006

345. Contrairement à ce que soutiennent les parties, les discussions tenues lors des réunions intervenues en juillet et octobre 2006 ne se sont pas limitées aux questions de "ripage". Au contraire, les éléments du dossier démontrent que la principale question qui a été abordée portait sur l'affectation de l'ensemble des postes à quai de Port 2000.
346. En effet, comme il a été exposé aux paragraphes 103 et 104, dès le 2 janvier 2006, TPO indiquait à ses sociétés mères avoir eu des réunions avec GMP et l'établissement portuaire, dont il ressortait que « *GMP a poussé le port à changer l'agencement général de Port 2000 de 4 opérateurs détenant chacun 3 postes à quai à 3 opérateurs avec chacun 4 postes à quai. Ceci est conforme à notre opinion et il semble que le port convient également que c'est ce qu'il convient de faire* ».
347. Il ressort également du dossier que les réunions litigieuses de 2006 étaient bien envisagées par les parties comme visant à permettre la mise en œuvre d'une concertation entre les opérateurs de Port 2000 en vue d'élargir à quatre postes à quai le terminal de chacun de ces opérateurs. En effet, la réunion du 12 juillet 2006 était désignée dans les documents internes de TPO comme la "*conférence Yalta*" (voir paragraphe 105).
348. A cet égard, lors d'une audition, le DGD de TPO a précisé que l'utilisation du terme "*Yalta*" visait à « *alerter les administrateurs de TPO représentant Perrigault de l'importance de la réunion, que c'était une question structurante pour les trente prochaines années. La question de la distribution des postes à quai était structurante pour l'avenir* » (paragraphe 107). Il ressort des courriers électroniques en date des 11 et 24 juillet 2006, des notes manuscrites prises lors des réunions litigieuses par le directeur général adjoint de TN, M. Y... (cotes 507-509 et 519-520), et des mentions apposées sur le calendrier électronique de ce dernier (cotes 7133 et 7139), que la désignation "*Yalta*" ("*Yalta 2*" et "*Yalta 3*") pour les réunions de 2006 a ensuite été utilisée entre TPO, Perrigault et APMM.
349. L'utilisation d'un terme aussi peu équivoque que "*Yalta*" est un indice probant de l'objectif poursuivi par les opérateurs. En effet, comme le Conseil de la concurrence l'a déjà relevé, le terme : « "*Yalta*" [...] *désigne, on le sait, un partage territorial décidé entre les dirigeants de trois puissances alliées* » (voir décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, paragraphe 264). Telle est précisément la signification de ce terme en l'espèce, puisque l'entente porte effectivement sur un partage territorial entre les représentants de trois opérateurs concurrents exerçant leurs activités dans la même zone.
350. Les éléments relevés aux paragraphes 108 à 114 établissent que dès la réunion du 12 juillet 2006, les opérateurs ont confirmé leur accord pour une répartition des postes à quai de Port 2000 entre TNMSC, TPO et GMP, correspondant à quatre postes chacun, conformément à l'invitation des représentants de l'établissement portuaire. Le compte-rendu de la réunion dressé par le PAH montre ainsi que les représentants du port ont présenté une situation « *envisag[ée] à partir de 2012* » correspondant à un partage de l'espace de Port 2000 entre les trois opérateurs correspondant à quatre postes à quai par terminal (cote 6782). Cette présentation a ensuite été approuvée par M. C... (DGD de TPO) qui a confirmé que les besoins d'APMM correspondaient à un terminal de quatre postes, ainsi que par M. X... (entre autres DGD de Perrigault SA, président du conseil d'administration de TNMSC et administrateur de TPO) et M. Z... (entre autres directeur de Perrigault SA, directeur général de TNMSC et PDG de TPO), ce dernier insistant pour « *que le Port finalise le dossier de l'affectation des postes « jaunes » (9 à 12) [les postes appelés à être confiés à TNMSC] pour conforter la répartition en terminaux à 4 postes* » (cote 6784).

351. L'existence de l'entente est confortée par la lettre du 21 juillet 2006 envoyée par le directeur général de l'établissement portuaire à GMP, CMA CGM (en copie) et TPO qui constate « *qu'une orientation générale retenait particulièrement l'attention, à savoir, à terme, une organisation de l'espace basée sur la présence de trois opérateurs disposant chacun de 1 400 m de quai* ». L'entente est également étayée par la confirmation par GMP à ses sociétés mères qu'à la suite de la réunion elle pouvait anticiper pouvoir bénéficier de quatre postes à quai en 2010. GMP a également constaté que « *TN fait de l'attribution des quatre derniers postes (9 à 12) à TNMSC une condition de son accord* » (cote 9735).
352. Ensuite, les éléments du dossier démontrent que la réunion du 19 octobre 2006 portait sur l'affectation des postes à quai entre TNMSC, TPO et GMP durant la "situation intermédiaire", c'est-à-dire la période pendant laquelle huit à neuf postes à quai seraient disponibles, dans l'attente de la construction des trois derniers postes vers 2010.
353. En effet, le compte-rendu de cette réunion établit que les représentants du PAH ont demandé aux opérateurs de s'accorder sur la répartition entre eux des neuf postes à quai, expliquant qu'« *à défaut d'un accord entre les opérateurs, la solution 3 + 2 + 3 [c'est-à-dire trois postes à quai pour TNMSC, deux postes pour TPO et trois postes pour GMP] sera présentée au Conseil d'Administration du 17 novembre* » (cote 6769). Cette demande est attestée par les notes manuscrites prises par l'administrateur de TPO, M. Y... lors de la réunion dite « *Yalta 2* ». Sur ces notes, il est ainsi indiqué que le directeur général de l'établissement portuaire a demandé aux opérateurs de « *[c]hercher la possibilité de répartir l'espace des 9 postes entre vous, moi je prends ce que vous proposerez* » (cote 507-509).
354. Enfin, il ressort du compte-rendu de la réunion du 26 octobre 2006 que les représentants de l'établissement portuaire ont soumis l'obtention d'un quatrième poste à chaque opérateur à « *l'exploitation optimisée des 3 premiers postes* » (cotes 6769-6773).
355. Il résulte de ce qui précède que les discussions tenues lors des réunions des 12 juillet, 19 et 26 octobre 2006, ne se sont pas limitées aux questions de "ripage" dans l'espace portuaire, comme le soutiennent les parties, mais ont bien porté sur l'affectation de l'ensemble des postes à quai de Port 2000. Comme il vient d'être exposé, les réunions litigieuses ont abouti à un consensus entre les opérateurs selon lequel TPO, TNMSC et TPO exploiteraient chacune quatre postes à quai. Les opérateurs se sont donc entendus sur la capacité qui devrait leur être affectée alors même qu'ils sont normalement placés en concurrence pour l'obtention de celle-ci. Les réunions intervenues en juillet et octobre 2006 revêtaient donc bien un objet anticoncurrentiel.

Sur la prétendue indisponibilité des postes à quai au jour des réunions litigieuses

356. Les parties contestent que la dévolution d'un troisième poste à quai à TPO et à GMP ait pu faire l'objet d'une entente anticoncurrentielle puisque son octroi était acquis au jour des réunions litigieuses. Elles considèrent, par ailleurs, qu'à la même période, le poste n° 10 n'était plus disponible, ce qui aurait rendu impossible l'existence d'une concertation sur l'attribution de ce dernier.
357. Cependant, aux termes de l'article 1^{er} des CET de TPO et de GMP, il était prévu l'exploitation dans un premier temps de deux postes à quai, puis dans un second temps celle éventuelle d'un troisième poste à quai. Dans la CET de GMP, la mise à disposition d'un troisième poste à quai était subordonnée à la demande expresse de l'entreprise. La CET de TPO ne comportait en revanche pas de telles réserves, le caractère conditionnel de la mise à disposition d'un troisième poste de TPO n'ayant été formalisé que par un avenant du 1^{er} août 2007. Cependant, TPO considérait bien à l'époque des faits que son extension

sur un troisième poste était optionnelle. En effet, d'une part, le DGD de TPO indiquait lui-même, à la suite de la réunion du 12 juillet 2006, que l'obtention d'un troisième poste était conditionnée par une « *déclaration* » de l'entreprise (cotes 9855-9858). D'autre part, l'extension du terminal à un troisième poste a bien été présentée par TPO à Mærsk Line dans une lettre du 4 octobre 2006 comme une option et non un droit acquis.

358. Ainsi, contrairement à ce que prétendent les parties, l'attribution d'un troisième poste à quai à TPO et à GMP n'était pas acquise au jour des réunions litigieuses et pouvait donc faire l'objet d'une concertation.
359. S'agissant du poste à quai n° 10, celui-ci n'a été affecté à TNMSC que lors de la signature de sa CET le 11 septembre 2007. Cette affectation faisait suite à l'attribution du poste à quai n° 2 à GMP le 12 septembre 2007 en compensation de la limitation de la surface de quai du poste n° 5, initialement affecté à GMP, mais désormais principalement consacré au trafic fluvial. Ces changements contractuels ont donc eu lieu plus d'un an après les réunions de 2006. Le poste n° 10 était donc disponible à l'époque des faits, et susceptible de faire l'objet de l'entente reprochée.

Sur le caractère prétendument incident des discussions tenues lors des réunions de 2006

360. Les parties contestent l'objet anticoncurrentiel des réunions de 2006 dans la mesure où les discussions sur l'affectation des postes à quai n° 10 à 12 n'auraient été qu'"incidentes".
361. Mais le caractère prétendument "secondaire" de discussions anticoncurrentielles dans le cadre de réunions dont l'objet principal serait légitime n'a pas de conséquence sur leur qualification juridique. En l'espèce, le caractère anticoncurrentiel des discussions entre les parties tient au fait que celles-ci avaient pour objet de répartir la surface d'exploitation disponible sur le marché entre des entreprises normalement concurrentes pour l'obtention de ces surfaces.
362. Les allégations selon lesquelles l'attribution de postes à quai aux opérateurs n'aurait été évoquée que de manière incidente sont d'ailleurs contredites par les éléments du dossier. Ainsi, il ressort du compte-rendu de la réunion tenue le 12 juillet 2006, établi par l'établissement portuaire que l'objectif assigné aux discussions entre les opérateurs était de « *travailler sur la façon de passer* » de la situation de l'époque à une situation caractérisée par un agencement de trois opérateurs disposant de quatre postes chacun.
363. Le moyen manque donc en droit et en fait.

Sur le fait que les parties n'auraient eu aucun pouvoir de décision sur l'objet de l'entente

364. Selon les parties, une entente ne peut intervenir que sur un objet sur lequel les parties exercent un libre pouvoir de décision, ce qui serait exclu en l'espèce puisque l'entente notifiée porterait sur la répartition, entre les entreprises attributaires, d'autorisations d'occupation de postes à quai qui relevaient de la décision du port.
365. Mais, en l'espèce, ce qui est reproché aux entreprises n'est pas de s'être réparti dans les faits les autorisations d'occupation du domaine public portuaire mais d'avoir coordonné leurs offres en vue de l'attribution de ces autorisations.
366. A cet égard, il convient de rappeler qu'en matière de marchés publics, les ententes par lesquelles les entreprises soumissionnaires coordonnent leurs offres sont sanctionnées au

titre des ententes anticoncurrentielles, et ce alors même que l'attribution de tels marchés relève du pouvoir de décision du maître d'ouvrage.

Sur la légitimité de consulter l'ensemble des opérateurs

367. Il est soutenu en défense qu'en organisant la concertation des opérateurs de Port 2000 sur la répartition des postes à quai, l'établissement portuaire a adopté un comportement conforme à celui que le Conseil de la concurrence avait préconisé dans l'affaire dite "*Aéroport de Paris*" (décision n° 98-D-34 du 2 juin 1998 relative à la situation de la concurrence sur le marché des services d'assistance en escale à l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur l'aéroport d'Orly). En effet, dans cette affaire, le Conseil aurait reproché à ADP de n'avoir pas procédé à la réorganisation du domaine, à savoir les aérogares d'Orly Ouest et d'Orly Sud, « *dans des conditions de concurrence équivalentes entre les compagnies [puisqu'] aucune procédure de consultation n'a été mise en œuvre à l'égard des compagnies aériennes concernées, qui aurait permis d'aboutir à une allocation des ressources satisfaisantes* ». Ainsi, en opérant en l'espèce une consultation de l'ensemble des opérateurs, le PAH se serait conformé à ces prescriptions.
368. Cependant, l'interprétation de la décision n° 98-D-34 précitée à laquelle il est procédé est manifestement erronée. En effet, la « *procédure de consultation* » dont il est question dans l'affaire Aéroport de Paris doit être comprise à la lumière du contexte du cas d'espèce : en associant dans sa décision *Aéroport de Paris* les notions d'« *allocation des ressources satisfaisantes* » et celle de « *procédure de consultation* » des opérateurs pouvant prétendre à ces ressources, le Conseil de la concurrence n'a évidemment pas suggéré l'organisation, par la personne publique, d'une entente horizontale permettant aux concurrents de formuler leur demande de manière concertée mais visait au contraire la mise en concurrence de ces derniers.

Sur l'opposabilité du terme "Yalta" pour désigner les réunions de juillet et octobre 2006

369. GMP soutient que l'emploi du terme "*Yalta*" ne saurait lui être opposé puisqu'il s'agit d'un terme utilisé exclusivement par les représentants de TPO et Perrigault. TPO et Perrigault soutiennent, quant à elles, que ce terme ne leur est pas non plus opposable dès lors que son auteur est le DGD de TPO.
370. Cependant, il résulte d'une pratique décisionnelle constante du Conseil de la concurrence qu'« *un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées, et peut être utilisé comme preuve par le rapprochement avec d'autres indices concordants, d'une concertation ou d'un échange d'informations* » (voir décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998 relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy).
371. En l'espèce, les documents sur lesquels figure le terme "*Yalta*" ont été analysés comme des indices corroborant les autres éléments recueillis au cours de l'instruction. Le fait qu'ils aient été saisis dans les locaux de TPO et Perrigault n'affecte en rien leur caractère opposable aux autres parties à l'entente.
372. Par ailleurs, il convient de rappeler que le terme "*Yalta*" a été utilisé dans des documents transmis, notamment, à des dirigeants de TPO, Perrigault et APMM sans que ceux-ci n'aient soulevé la moindre objection. Au contraire, le directeur général adjoint de TN, par

ailleurs administrateur de TPO, M. Y... a même repris l'expression pour désigner les réunions des 19 et 26 octobre 2006, comme en attestent ses notes manuscrites et son calendrier électronique mentionnant "Yalta 2" et "Yalta 3" (voir cotes 507, 7133 et 7139). Enfin, il est à noter que GMP était mentionnée comme l'une des participantes à la réunion "Yalta 2".

373. Les documents sur lesquels figure le terme "Yalta" sont donc opposables à GMP, TPO et Perrigault.

c) Sur la participation individuelle des entreprises mises en cause à l'entente

374. Les parties considèrent que les éléments au dossier sont insuffisants pour établir leur adhésion à l'entente. Elles contestent ainsi le standard de preuve retenu dans la notification de griefs pour démontrer leur participation aux réunions de 2006. En outre, elles relèvent la passivité de leurs représentants lors des réunions litigieuses et font valoir l'incapacité de ceux-ci à les représenter.

375. Avant de répondre aux arguments des parties, il convient de rappeler les principes qui guident la qualification d'une telle pratique en droit communautaire et en droit national de la concurrence.

Sur le standard de preuve du concours de volontés dans une entente horizontale en droit communautaire

376. Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions communautaires que la pratique concertée vise « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence (arrêt du 14 juillet 1972, ICI/Commission, précité, point 64). Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable "plan", doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du Traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact, directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché* » (voir arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, et du TPICE, du 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. p. II-931). Par conséquent, la qualification de pratique concertée n'est pas limitée aux seuls comportements sur le marché mais peut aussi s'appliquer à une forme de coordination et à des prises de contacts entre les entreprises, supposant en cela un concours de volontés pour mener ensemble une telle concertation.

377. Dans l'arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-412), la Cour de justice des Communautés européennes en a déduit que : « *comme cela résulte des termes mêmes de l'article 85, paragraphe 1, du Traité [devenu l'article 81, paragraphe 1 du traité CE puis l'article 101 du TFUE], la notion de pratique concertée implique, outre*

la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. [...] Or, d'une part, il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période [...].

D'autre part, une pratique concertée telle que définie ci-dessus relève de l'article 85, paragraphe 1, du traité, même en l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché. D'abord, il découle du texte même de ladite disposition que, comme dans le cas des accords entre entreprises et des décisions d'associations d'entreprises, les pratiques concertées sont interdites, indépendamment de tout effet, lorsqu'elles ont un objet anticoncurrentiel.

Ensuite, si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement des entreprises participantes sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence ».

378. La Cour de justice a poursuivi cette analyse dans l'arrêt 16 novembre 2000, *Sarrió/Commission* (C-291/98 P, Rec. p. I-9991), en précisant les éléments de nature à renverser la présomption du concours de volontés : « *le fait qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats des réunions n'est pas de nature à écarter sa responsabilité du fait de sa participation à l'entente à moins qu'elle ne se soit distanciee publiquement de son contenu* ». La Cour a confirmé sa position dans son arrêt du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 242) : « *Aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, du Traité (devenu article 81, paragraphe 1, CE), il suffit qu'un accord ait pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence, indépendamment de ses effets concrets. En conséquence, dans le cas d'accords se manifestant lors de réunions d'entreprises concurrentes, une infraction à cette disposition est constituée lorsque ces réunions ont un tel objet et visent, ainsi, à organiser artificiellement le fonctionnement du marché. Dans un tel cas, la responsabilité d'une entreprise déterminée du chef de l'infraction est valablement retenue lorsqu'elle a participé à ces réunions en ayant connaissance de leur objet, même si elle n'a pas, ensuite, mis en œuvre l'une ou l'autre des mesures convenues lors de celles-ci. La circonstance d'une participation à l'entente d'entreprises dominantes ou particulièrement puissantes, susceptibles de prendre des mesures de rétorsion envers d'autres participants, nettement moins puissants, au cas où ceux-ci se distancieraient publiquement du contenu des réunions dont l'objet est anticoncurrentiel, l'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise auxdites réunions ainsi que la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues ont des conséquences non pas sur l'existence de sa responsabilité, mais sur l'étendue de celle-ci et donc sur le niveau de la sanction (voir, arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, points 508 à 510). Il en découle que la circonstance [...] que [l'entreprise mise en cause] n'a pas mis en œuvre et ne pouvait d'ailleurs pas mettre en œuvre la mesure de boycottage convenue lors de la réunion du 24 mars 1995 n'est pas de nature à écarter sa responsabilité du fait de sa participation à cette mesure, à moins qu'elle ne se soit distanciee publiquement de son contenu, ce que ladite [entreprise] n'a pas allégué ».*

379. C'est ce même raisonnement qu'a rappelé la Cour de justice dans une affaire plus récente : « Dès lors qu'il a été établi qu'une entreprise a participé à des réunions entre entreprises à caractère manifestement anticoncurrentiel il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel en démontrant qu'elle a indiqué à ses concurrents qu'elle y participait dans une optique différente de la leur. En l'absence d'une telle preuve de distanciation le fait que cette entreprise ne se conforme pas aux résultats de ces réunions n'est pas de nature à la priver de sa pleine responsabilité du fait de sa participation à l'entente » (arrêt du 25 janvier 2007, Sumitomo Metal Industries and Nippon Steel/Commission, affaires jointes C-403/04 P et C-405/04 P, Rec. p. I-729).
380. Ainsi, en droit communautaire, l'adhésion d'une entreprise à une entente est démontrée par sa participation à une ou plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel, à moins qu'elle ne s'en soit distanciee publiquement, sans qu'il soit besoin de constater la mise en œuvre effective des décisions prises au cours de ces réunions. L'absence de mise en œuvre est un élément à prendre en compte, non pas pour qualifier l'infraction, mais pour établir le montant de la sanction.

Sur le standard de preuve du concours de volontés dans une entente horizontale en droit national

381. En droit national, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a distingué les situations dans lesquelles la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle et celles dans lesquelles l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, de nature le plus souvent occulte ou secrète, auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes (voir décisions n° 06-D-03 du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, paragraphes 683 et s. et n° 07-D-48 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, paragraphes 178 et s.).
382. Dans le premier cas, il est considéré que le seul fait d'avoir participé à une réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle dont l'ordre du jour aurait dans les faits évolué vers un objet anticoncurrentiel ne suffit pas à caractériser l'adhésion des entreprises à l'entente puisque l'entreprise régulièrement convoquée n'est pas en mesure de connaître l'objet anticoncurrentiel de cette réunion. La preuve de l'adhésion à l'entente nécessite alors une preuve additionnelle, comme la diffusion de consignes arrêtées lors de la réunion, l'application de mesures concrètes décidées lors de celle-ci, ou la participation à une réunion ultérieure ayant le même objet anticoncurrentiel (décisions n°07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international et n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, paragraphe 227).
383. Dans toute autre situation, le standard de preuve applicable est identique à celui utilisé en droit communautaire (voir paragraphes 376 à 380). La participation à une seule réunion, même si elle est passive, suffit en effet à conforter le mécanisme de l'entente : d'une part, elle renseigne sur le comportement commercial que les autres acteurs ont décidé d'adopter sur le marché, alors que l'autonomie qu'exige la concurrence entre entreprises suppose que ces dernières restent dans l'incertitude sur la stratégie de leurs compétiteurs ; d'autre part, elle permet aux participants plus actifs d'escompter que l'absence d'opposition de l'entreprise ne viendra pas perturber le jeu collusif (voir arrêt de la cour d'appel de Paris, 25 février 2009, société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations, SAS).

Sur le standard de preuve applicable à la présente affaire

384. Les parties considèrent que le standard de preuve applicable au cas d'espèce, s'agissant de réunions "*officielles*" organisées par l'établissement portuaire, est celui réservé en droit national aux réunions tenues dans le cadre statutaire d'organisations professionnelles.
385. Mais tel n'est pas le cas des réunions incriminées dans la présente affaire qui ne se rattachent à aucune activité statutaire d'un organisme professionnel.
386. En l'espèce, les réunions de juillet et octobre 2006 qui ont été organisées par le PAH l'ont été de manière ponctuelle et dans le seul but de permettre la mise en œuvre d'une concertation entre entreprises.
387. Par ailleurs, comme il sera démontré plus loin, il ressort des éléments du dossier que les entreprises avaient été averties à l'avance de l'objet anticoncurrentiel des réunions litigieuses.
388. Celles-ci s'inscrivent donc dans la seconde des deux hypothèses présentées aux paragraphes 382 et 383.
389. L'invitation de l'établissement portuaire, si elle constitue sans aucun doute une circonstance qui atténue la gravité du comportement reproché aux entreprises qui ont accepté de s'y rendre, est par elle-même sans conséquence sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence.

Sur la participation des entreprises mises en cause à l'entente

390. Il résulte des éléments recueillis au cours de l'instruction que, lors des réunions de juillet et octobre 2006, les discussions entre les participants ont principalement porté sur l'attribution des postes à quai de Port 2000, à TPO, GMP et TNMSC. La responsabilité encourue par chacune de ces entreprises au titre de l'entente anticoncurrentielle reprochée doit donc être examinée.

Sur la participation de TPO à l'entente

391. TPO soutient que l'interlocuteur privilégié de l'établissement portuaire au cours des réunions litigieuses était APMM. Ainsi, elle fait valoir que son DGD, M. C..., qui était présent aux réunions de juillet et octobre 2006, était employé d'APMM et « *représenta[it] les intérêts exclusifs de l'actionnaire APMM* ». TPO relève en particulier que, lors de ces réunions, seul le DGD de la société s'est exprimé à propos du quatrième poste à quai, le PDG, M. Z..., étant quant à lui intervenu sur le sujet technique du ripage.
392. Cependant, selon la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, un cadre dirigeant d'entreprise, et *a fortiori* un mandataire social, est réputé représenter ou engager l'entreprise qui l'emploie lorsqu'il agit dans le cadre de ses activités professionnelles (voir, notamment, décision n° 06-D-30 du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille, paragraphe 93).
393. Dans ces conditions, la seule présence du DGD et du PDG de TPO aux réunions de juillet et octobre 2006 suffit à établir la participation de TPO à l'entente.
394. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante, tant nationale que communautaire, que « *le seul fait d'avoir reçu lors de ces réunions des informations concernant des concurrents, informations qu'un opérateur indépendant préserve comme secrets d'affaires, suffit à manifester l'existence chez elle d'un esprit anticoncurrentiel [...]. Indépendamment de toute autre raison pour participer à ces réunions, il en existait au moins une qui était d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur des concurrents. En*

outre, grâce à la seule participation auxdites réunions, chaque participant a nécessairement pris en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'il entendait suivre sur le marché » (voir arrêt du TPICE du 12 juillet 2001, Tate & Lyle e.a./Commission, T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Rec. p. II-2035 et décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, paragraphe 248). Ainsi, le rôle prétendument passif joué par le PDG de TPO lors des réunions litigieuses n'a pas d'incidence sur la qualification juridique des pratiques reprochées.

395. D'ailleurs, il y a lieu de relever que, contrairement à ce que soutient TPO, le PDG de TPO n'est pas resté passif au cours des réunions de juillet et octobre 2006. Au contraire, d'après les comptes rendus de réunions dressés par l'établissement portuaire, le PDG de TPO est intervenu à plusieurs reprises dans les discussions entre les participants (voir paragraphes 109 et 117).

Sur la participation de TNMSC à l'entente

396. TNMSC conteste avoir été impliquée dans l'entente puisque dès juillet 2004, trois postes à quai de Port 2000 lui auraient déjà été affectés par l'établissement portuaire. Par ailleurs, TNMSC soutient n'avoir assisté à aucune des réunions de juillet et octobre 2006, ni y avoir été convoquée. A cet égard, elle fait valoir que si les dirigeants de TNMSC, MM. Z... et X..., étaient présents lors de ces réunions, ils ne se seraient pas exprimés au nom de TNMSC.
397. Cependant, il convient de souligner, d'une part, que TNMSC n'a obtenu sa CET pour Port 2000 que le 11 septembre 2007 (paragraphe 22). Ainsi, à la date des réunions litigieuses, aucun poste à quai ne lui avait été affecté. Par ailleurs, l'entente reprochée porte sur l'attribution de quatre postes par terminal et non de trois.
398. D'autre part, il ressort du dossier que lors des réunions litigieuses, le directeur général de TNMSC, M. Z..., ainsi que le président du conseil d'administration de TNMSC, M. X..., se sont exprimés dans l'intérêt de TNMSC. La situation de l'entreprise a ainsi plusieurs fois été évoquée au cours des discussions.
399. En effet, tout d'abord, d'après les déclarations du directeur de l'outillage du PAH, M. H..., auteur des "visuels" utilisés lors des réunions en cause, les postes de couleur jaune représentaient bien TNMSC (voir paragraphe 109).
400. Ensuite, il est à noter que, dans le compte-rendu de la réunion du 12 juillet 2006 dressé par le PAH, il est indiqué que « Ch. Z... suggère que le Port finalise le dossier de l'affectation des postes « jaunes » (9 à 12) pour conforter la répartition en terminaux à 4 postes. J.M. F... remarque que c'est un sujet distinct de celui d'aujourd'hui et qu'il sera évoqué ensemble sur la base d'une réflexion en matière de financement. J. X... indique que J.L. L... [dirigeant de MSC] se dit prêt à participer au financement. J.M. F... observe que MSC ne ferait que transférer son activité de Bougainville à Port 2000 » (cote 6784).
401. Ainsi, au cours des discussions, le directeur général de TNMSC, M. Z..., a expressément demandé à ce que la situation de TNMSC soit prise en considération dans la répartition des postes à quai de Port 2000.

402. En outre, malgré la suggestion du directeur général du PAH d'évoquer ce cas ultérieurement, le président du conseil d'administration de TNMSC, M. X..., est revenu sur le sujet en assurant le soutien de MSC pour le financement du projet.
403. Lors du conseil d'administration de TNMSC du 19 octobre 2006, ce dernier a d'ailleurs souligné les conséquences à tirer des discussions tenues entre les concurrents lors des réunions litigieuses : « [...] *compte tenu des réunions auxquelles ont participé les opérateurs et armateurs intéressés par Port 2000, il conviendrait, pour TNMSC de confirmer son intérêt pour 3 ou 4 postes sur la future extension de Port 2000, ceci venant dans la suite logique des contacts entre MSC Genève et le PAH* ».

Sur la participation de GMP à l'entente

404. Les éléments du dossier démontrent que GMP, représentée par son PDG, M. G..., a participé aux trois réunions de juillet et octobre 2006.

Conclusion

405. Il résulte de ce qui précède que la participation des entreprises TPO, TNMSC et GMP à l'entente anticoncurrentielle portant sur la répartition future des postes à quai auxquelles elles étaient candidates est établie, sans qu'il soit nécessaire en l'espèce de rechercher plus avant l'implication dans la pratique en cause de leurs sociétés actionnaires, à savoir Perrigault, APMM et CMA CGM. Le grief d'entente de partage de capacité qui avait été notifié à ces dernières ne sera donc pas retenu.

d) Sur les effets anticoncurrentiels des pratiques

406. A titre liminaire, il convient de rappeler que, comme le Conseil de la concurrence l'a indiqué dans son rapport annuel pour 2003, « *Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux dont la mise en œuvre conduit nécessairement à restreindre la concurrence, si bien qu'il s'avère inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché. Ces pratiques sont en elles-mêmes présumées attentatoires au jeu de la concurrence. En quelque sorte, l'atteinte à la concurrence est contenue à titre latent dans l'accord* ».
407. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes a maintes fois affirmé que la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence (voir, notamment, arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 99).
408. Les juridictions communautaires et le Conseil de la concurrence ont néanmoins précisé que dans l'hypothèse d'une infraction par objet, les effets peuvent être pris en compte au niveau de la fixation de l'amende (voir arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, non encore publié au Recueil, points 28 à 31, et la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football, paragraphe 335).
409. En l'espèce, les parties avancent une série d'arguments pour contester l'existence d'effets anticoncurrentiels, qu'ils soient constatés ou potentiels.

Sur les effets constatés

410. L'entente de répartition de capacité en cause a nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle a permis à tous les opérateurs membres de l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelles seront les demandes de chacun lors du futur concours pour l'attribution des postes à quai de Port 2000. En effet, du fait de l'entente, les entreprises mises en cause ont cessé de déterminer leur politique commerciale de manière autonome sur le marché.
411. Il ressort ainsi des éléments du dossier que, pour déterminer leur stratégie sur le marché, les membres de l'entente ont pris en considération les discussions sur la répartition des postes à quai, tenues lors des réunions de juillet et octobre 2006. Ainsi, à la suite de la réunion du 12 juillet 2006, GMP estimait que son obtention de quatre postes à quai était en bonne voie, et demandait en conséquence à CMA CGM d'appuyer sa demande en ce sens (paragraphe 111). De même, la stratégie d'extension de TPO a été élaborée en tenant compte du risque que représentait pour TPO la stratégie des terminaux concurrents « *désir[ant] aussi 4 postes à quai* » (paragraphe 113). Enfin, lors du conseil d'administration de TNMSC du 19 octobre 2006, son président a expliqué « *que compte tenu des réunions auxquelles ont participé les opérateurs et armateurs intéressés par Port 2000, il conviendrait, pour TNMSC de confirmer son intérêt pour 3 ou 4 postes sur la future extension de Port 2000, ceci venant dans la suite logique des contacts entre MSC Genève et le PAH* » (paragraphe 114). Contrairement à ce que prétendent les parties, loin d'écarter l'implication de TNMSC dans ces discussions, le représentant de Terminal Investment Ltd., coactionnaire de la société, a alors indiqué souhaiter laisser se « *poursuivre une discussion directe MSC-PAH, de sorte que le Port honore les promesses faites à Genève, estimant que MSC peut dans un tel cadre exercer une pression plus forte sur le PAH. Il situe l'intervention de TNMSC, dans un second temps, une fois les garanties demandées obtenues* » (cote 9948), indiquant de ce fait comment articuler les réunions entre opérateurs avec les discussions bilatérales entre MSC et l'établissement portuaire.
412. Les effets des pratiques en cause sont d'autant plus à prendre en considération que ces dernières interviennent sur un marché où les positions des différents acteurs présents changent difficilement. En effet, les entreprises présentes à Port 2000 bénéficient de CET d'une durée de 36 ans.

Sur les effets potentiels

413. Selon l'étude RBB produite par TPO, la pratique en cause n'aurait pas eu d'effets anticoncurrentiels dans la mesure où les appels à candidature pour l'attribution des postes à quai ne comporteraient aucun prix et où la capacité fixe des terminaux atténuerait l'existence d'une concurrence sur les engagements de volumes. Les parties mises en cause font également valoir que les discussions, tenues lors des réunions de juillet et octobre 2006, n'ont pas conduit à l'attribution aux entreprises par le PAH de droits sur l'exploitation d'un quatrième poste à quai. En tout état de cause, les postes à quai disponibles feront l'objet d'une procédure ouverte et transparente de mise en concurrence, ce qui empêcherait le GPMH d'avantager les sociétés de manutention déjà présentes au port du Havre.

Sur l'existence d'une concurrence sur les engagements de volumes et d'investissements

414. Comme le souligne l'étude RBB, les réponses présentées par les candidats à l'attribution de postes à quai consistent en des projets industriels comportant des engagements

d'apports de volumes ainsi qu'un plan d'investissement permettant d'exploiter le terminal. Dans ce contexte, il ne résulte nullement que la capacité "fixe" des terminaux proposés à l'exploitation restreint la concurrence entre les candidats.

415. Au contraire, la concurrence s'exerce alors entre les candidats à l'obtention de postes à quai au vu de leurs engagements et objectifs de volume et de leurs plans d'investissement. A cet égard, l'absence d'incertitude sur l'importance des demandes de chaque concurrent qui résulte de la concertation a nécessairement un impact sur la teneur des engagements et objectifs annoncés par les opérateurs dans leurs candidatures, par exemple en permettant la présentation d'engagements conservateurs limitant les possibilités ultérieures de résiliation des conventions. Ainsi, en calibrant de manière coordonnée le périmètre des extensions de terminaux, les manutentionnaires de Port 2000 réduisent sensiblement la concurrence qui devrait s'exercer entre eux pour l'obtention de ces extensions et, par conséquent, dans l'exploitation de ceux-ci.
416. En outre, les éléments au dossier invalident les allégations de l'étude RBB sur le caractère "*standardisé*" des investissements que peuvent proposer les candidats à l'exploitation de terminaux. Ainsi, par exemple, la productivité d'un terminal dépend notamment de l'importance des équipements de déchargement et de manipulation des conteneurs dans le terre-plein adjacent au quai (les chariots cavalier). Or, il ressort des éléments au dossier que l'importance de l'investissement dans ces équipements, qui varie selon les terminaux, est un facteur déterminant de compétitivité dans les négociations avec les armateurs (voir, par exemple, cote 5159). Dès lors il ne saurait être admis que le montant et le type d'investissement requis pour l'exploitation de capacités, fussent-elles fixe, puissent être considérés comme "*standardisés*" et insusceptibles de variations d'un opérateur à un autre.
417. Les arguments présentés par l'étude RBB sont donc dépourvus de pertinence.

Sur l'absence d'attribution ferme d'un quatrième poste à quai aux opérateurs

418. Les parties mises en cause font valoir que l'établissement portuaire n'a pris aucun engagement auprès des opérateurs sur l'attribution d'un quatrième poste à quai lors des réunions de 2006 et que les avenants aux CET, adoptés ultérieurement, leur ont simplement permis, selon le GPMH, d'« *envisager une éventuelle extension ultérieure des terminaux une fois atteint un certain seuil de trafic et à décrire les conditions dans lesquelles les opérateurs pourraient alors, le cas échéant, manifester leur intérêt pour l'attribution d'un poste à quai supplémentaire* ». Le GPMH souligne également que parmi les conditions fixées pour l'attribution de postes à quai supplémentaires à TNMSC, TPO et GMP après les réunions de 2006 figure la disponibilité des surfaces concernées, ce qui impliquerait que d'autres opérateurs pourraient être appelés à exploiter ces postes à quai. Les parties mises en cause expliquent que le GPMH reste libre d'attribuer les postes à quai disponibles de Port 2000 à d'autres opérateurs. TPO et Perrigault observent en outre que la seule tentative d'accord anticoncurrentiel non suivie d'effets ne permet pas de caractériser l'existence d'une entente.
419. Cependant, la circonstance que les opérateurs ne disposent pas de droits contractuels pour l'attribution d'un poste à quai supplémentaire ne permet pas de conclure à l'absence d'effets anticoncurrentiels de l'entente en cause. En effet, comme il a été démontré aux paragraphes 410 à 412, l'entente de répartition de capacité a nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle a réduit l'incertitude quant aux comportements des concurrents sur le marché.

420. Par ailleurs, il convient de ne pas confondre la tentative d'atteinte à la concurrence, qui échoue dans son objectif, avec la tentative visant à conclure un accord anticoncurrentiel, qui n'est pas punissable, faute d'avoir abouti.
421. En effet, selon une jurisprudence constante, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence (arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496, du 11 janvier 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Commission, C-277/87, Rec. p. I-45, publication sommaire). Ainsi, la notion d'objet, telle qu'appliquée par la jurisprudence tant communautaire que nationale, revient à sanctionner la tentative d'atteinte à la concurrence, c'est-à-dire la pratique accomplie volontairement dans le but d'attenter à la concurrence mais restée sans effets pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur.
422. Les tentatives d'entente recouvrent quant à elles des situations dans lesquelles des entreprises essaient sans succès d'attirer une entreprise concurrente dans une entente anticoncurrentielle (voir pour exemple arrêt de la cour d'appel du 9 avril 2002, SA Bloc Matériaux).
423. En l'espèce, l'entente de répartition de capacité est bien constituée dès lors que les parties se sont concertées sur la répartition entre elles des postes à quai disponibles de Port 2000. Le fait que le GPMH soit finalement resté libre d'attribuer les postes à quai disponibles de Port 2000 à d'autres opérateurs que ceux ayant participé à l'entente est sans incidence sur la qualification de la pratique reprochée au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

Sur le caractère prétendument pro-concurrentiel de la concertation

424. Les parties font valoir que l'article R. 105-2 du code des ports maritime prévoit, dans sa rédaction issue du décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008, soit postérieurement aux pratiques relevées, que les conventions de terminal doivent être conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. Selon les parties, la mise en œuvre de cette nouvelle procédure empêchera le GPMH de favoriser les sociétés de manutention déjà présentes au Havre. Les parties soutiennent également que l'entente serait pro-concurrentielle dès lors que, pour l'attribution d'un quatrième poste à quai, elle soumet TPO, TNMSC et GMP à la satisfaction de critères de productivité exigeants. L'entente contribuerait ainsi à stimuler la concurrence entre ces opérateurs, et les désavantagerait face à d'éventuels nouveaux candidats à l'attribution des postes à quai n° 11 et 12 qui ne sont pas soumis à de tels critères.
425. TPO souligne également le caractère pro-concurrentiel des attributions réalisées, qui ont permis de désengorger les anciens terminaux du port du Havre en fidélisant les principaux armateurs mondiaux par la construction de "hubs". TPO observe, à cet égard, que les développements de ports concurrents ont retenu beaucoup moins d'exploitants pour plus de capacité.
426. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante qu'en matière de marchés publics, est anticoncurrentiel le fait pour des entreprises candidates à un appel d'offres de se coordonner avant de soumissionner en vue de partager entre elles, les lots du marché ou plusieurs marchés.

427. La particularité de la présente affaire réside, cependant, dans le fait que l'obligation de mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence pour l'attribution des postes à quai disponibles à Port 2000 résulte d'une disposition réglementaire postérieure aux pratiques en cause, à savoir l'article R. 105-2 du code des ports maritime, introduit par le décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008.
428. Néanmoins, l'introduction d'une telle obligation dans le code des ports maritimes ne saurait suffire, en elle-même, à empêcher l'entente de produire des effets. En effet, en l'absence de tout élément marquant spécifiquement la volonté des parties de se départir des termes de la concertation en cause, cette seule circonstance n'a aucune incidence sur l'impact de la concertation sur le marché.
429. En outre, l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut exclure les effets de l'entente puisque, dans la présente affaire, les entreprises en cause revendiquent l'application d'un critère de choix spécifique et occulte pour la sélection des attributaires de postes à quai disponibles.
430. En effet, il ressort du dossier que ce critère a été établi lors de la réunion du 26 octobre 2006. Ainsi, un dirigeant du PAH a expliqué aux opérateurs présents que « *l'obtention ultérieure d'un 4^{ème} poste à Port 2000 sera conditionnée par l'exploitation optimisée des 3 premiers postes* », celle-ci étant définie comme l'utilisation de « *80 % de la capacité* » et confirmant que ces « *objectifs [...] sont bien à considérer comme des critères d'attribution pour un 4^e poste à quai* » (cote 6770).
431. Par ailleurs, le projet d'appel à candidatures pour l'attribution des postes n° 11 et 12 versé au dossier par le GPMH expose que « *[l]es opérateurs existants de Port 2000, qui disposent déjà d'une Convention d'Exploitation de Terminal, incluant des perspectives d'extension, devront reconfirmer leurs intentions afin que les organes de gouvernance de l'Etablissement portuaire puissent effectuer leur choix entre la validation de ces extensions et l'établissement d'un nouvel opérateur pour les postes 11 et 12* ». Ce document comporte également l'exposé des critères de sélection retenus par l'établissement portuaire, à savoir :
- « - *L'optimisation globale de l'offre de services du Port du Havre dans son ensemble, tant en matière de productivité, d'espaces, qu'en matière de réponse aux attentes des clients.*
 - *Les garanties de trafic : Ce terminal à conteneurs constitué des postes 11 et 12 de "Port 2000" vise à répondre à l'attente des armements fréquentant le Port du Havre pour accueillir les plus gros porte-conteneurs actuels et futurs de 13 000 EVP et plus.*
 - *Les objectifs de trafic maritime définis par la société vaudront engagement et seront repris dans la convention d'exploitation de terminal : ils devront nécessairement dépasser le seuil minimum de 700 000 EVP/an.*
 - *La capacité à investir : La société justifiera de sa capacité à mettre en œuvre le plan de financement de ses investissements qui devront nécessairement comporter au moins six portiques over panamax.*
 - *Le développement de pré et post acheminement par mode massifié qui devra nécessairement traiter au moins 25 % du trafic maritime total hors transbordement.*

- *La faculté de développer une liaison optimisée avec les terminaux à conteneurs existants du Port du Havre (quais de l'Atlantique, des Amériques, de l'Europe, d'Asie -Osaka, de Bougainville) » (cotes 6882-6884).*

432. Ce document ne précise donc pas que les offres des opérateurs déjà en place à Port 2000 seront appréciées en fonction du critère défini lors de la réunion du 26 octobre 2006. Ce critère reste donc occulte pour les autres candidats potentiels.
433. Le caractère occulte du critère de sélection appliqué aux opérateurs mis en cause est étayé par le « *cadre de négociation avec les exploitants potentiels* » élaboré par l'établissement portuaire (cotes 6885-6890) qui vise exclusivement l'évaluation d'offres pour l'exploitation d'un terminal comprenant les deux postes disponibles. Ce cadre ne sera donc pas appliqué pour évaluer des demandes d'extension des terminaux existants ne concernant qu'un poste.
434. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les parties, l'entente de répartition de capacité ne peut être justifiée par des arguments pro-concurrentiels.

e) Sur l'application des articles L. 420-4 du code commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE

435. Les parties considèrent que l'entente qui leur est reprochée a promu le progrès économique puisqu'elle aurait permis à l'établissement portuaire de rechercher les garanties de volume nécessaires pour la "*relance*" de Port 2000. L'étude RBB précitée examine ainsi les gains d'efficacité et de productivité que permettrait l'exploitation par trois opérateurs de quatre postes à quai. A cet égard, TPO relève que « *le « phasage » de la réalisation de Port 2000 a bien rendu obligatoire une mise en commun, entre le Port et les opérateurs, des hypothèses de travail (à trois ou quatre postes à quai) et des modalités techniques du ripage entre les opérateurs présents sur Port 2000* ». GMP fait également valoir qu'une consultation individuelle des sociétés de manutention était impossible puisque la mise en œuvre du ripage des terminaux nécessitait l'accord de tous les opérateurs.
436. Comme il a été indiqué au paragraphe 324, il incombe à l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence qui souhaite bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement du troisième alinéa de l'article 81 du traité CE, devenu 101 du TFUE, et du 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce de démontrer le caractère indispensable de la restriction de concurrence pour obtenir le progrès économique allégué.
437. Or, en l'espèce, les parties ne démontrent pas en quoi l'entente reprochée était nécessaire pour assurer le financement de la construction des derniers quais de Port 2000.
438. En effet, la mise en œuvre du "*ripage*" constitue une question distincte de celle de l'affectation des postes à quais disponibles, situés en dehors du périmètre couvert par les CET à l'époque des réunions. A cet égard, outre l'examen des modalités de mise en œuvre du "*ripage*" des terminaux, le GPMH explique que son intention consistait à « *faire émerger des éventuelles demandes de postes à quai et terre-pleins supplémentaires dont l'affectation par le GPMH reposerait sur des critères objectifs, en vue d'une organisation globale* ». L'émergence d'une telle demande n'impliquait donc pas l'organisation d'une entente entre les opérateurs sur la répartition, entre eux, des postes à quai et terre-pleins supplémentaires. Au contraire, le GPMH souligne avoir demandé, au cours des réunions, que les opérateurs lui transmettent par écrit, et à sa seule intention, des informations relatives à leurs perspectives de trafic dans le but d'« *anticiper sur les évolutions à venir en s'assurant de ce que les opérateurs seraient bien à même d'attirer un trafic suffisant pour*

permettre à l'établissement public portuaire de rentabiliser ses investissements et d'obtenir de nouvelles autorisations de travaux de la part de ses autorités de tutelle ».

439. Il en résulte qu'il n'existe aucun rapport de nécessité entre l'organisation de la coordination des demandes des concurrents pour des postes à quai et la compréhension, par le GPMH, de l'existence de la demande de chaque opérateur pour des postes à quai supplémentaires. Seule cette dernière information, obtenue sur une base bilatérale et individuelle, était nécessaire pour permettre à l'établissement portuaire de soumettre l'achèvement du projet Port 2000 à ses tutelles.
440. Par ailleurs, contrairement à ce qu'il est soutenu dans l'étude RBB, les gains d'efficacité générés par la présence, sur le port du Havre, de trois opérateurs de manutention, au lieu de quatre, à les supposés avérés, ne sont pas de nature à justifier l'entente anticoncurrentielle. En effet, l'absence de la concertation n'aurait pas empêché l'établissement portuaire de tenir compte de ces gains d'efficacité en sélectionnant des manutentionnaires ayant formulé des offres de manière autonome.
441. Il résulte ce qui précède que les conditions prévues aux articles L. 420-4 du code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ne sont pas remplies en l'espèce.

5. SUR L'APPLICATION DE LA REGLE DITE "DE MINIMIS"

442. Les parties mises en cause considèrent qu'il convient d'écarter les deux griefs d'entente en application de la règle dite "de minimis", prévue par les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du code de commerce et le point 7 de la Communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (Journal officiel C 368 du 22.12.2001). En effet, les parties détiendraient sur le marché pertinent moins de 10 % de parts de marché et les pratiques en cause ne constitueraient pas des restrictions caractérisées.
443. L'article L. 464-6-1 du code de commerce prévoit que « *L'Autorité de la concurrence peut [...] décider [...] qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas [...] 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause [...]* ».
444. L'article L. 464-6-2 du même code prévoit cependant que ces dispositions « *ne s'appliquent pas aux accords et pratiques qui contiennent l'une quelconque restriction caractérisée de concurrence [telles] a) [l]es restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou de clients* ».
445. La Communication de la Commission européenne, précitée, contient des dispositions similaires.
446. Sans qu'il soit besoin d'examiner plus avant la position occupée par les parties en cause sur le marché pertinent, il y a lieu de relever que, comme il a été démontré plus haut, les

pratiques en cause qui visent la répartition de marchés ou de clientèle entrent bien dans la catégorie des restrictions caractérisées. En effet, les premières ont conduit les parties à s'entendre sur la répartition future des postes à quai, qui détermine elle-même les capacités qu'elles peuvent déployer sur le marché de la manutention au port du Havre. Les secondes visent, quant à elles, à interdire à TPO d'offrir ses services à une clientèle déterminée.

447. Dans ces conditions, l'application de la règle "de minimis" décrite ci-dessus doit être écartée.

E. SUR L'IMPUTABILITE DES PRATIQUES

448. Dans un arrêt du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission (C-97/08 P, non encore publié au Recueil), la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle : *« le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère [...], eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques [...] qui unissent ces deux entités juridiques. En effet, il en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise [...]. Ainsi, le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 CE permet à la Commission d'adresser une décision imposant des amendes à la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction »* (points 58 et 59 de l'arrêt).

449. Comme il a été démontré aux paragraphes 247 à 276, TPO est autonome à l'égard de Perrigault. Les comportements de TPO lui sont donc imputables.

450. De même, GMP, entreprise commune entre DP World et CMA CGM par le biais de Portsynergy, est une société autonome. En effet, les sociétés mères de GMP ne définissent pas la politique commerciale de l'entreprise, sa direction est entièrement assurée par du personnel indépendant, et ses rapports avec CMA CGM sont établis sur la base de relations commerciales normales, l'armateur ne disposant d'aucune exclusivité sur les activités du manutentionnaire. Ainsi, dans la mesure où GMP dispose d'une complète autonomie de décision, ses comportements lui sont imputables.

451. S'agissant des pratiques mises en œuvre par TNMSC, il convient de relever que les éléments du dossier ne permettent pas d'établir que cette société, entreprise commune entre Perrigault et Terminal Investment Ltd., serait dépourvue d'autonomie dans la détermination de son comportement sur le marché. Les pratiques mises en œuvre par TNMSC lui sont donc imputables.

F. SUR LES SUITES A DONNER AUX QUALIFICATIONS RETENUES

1. SUR LES SANCTIONS

a) Sur le plafond des sanctions

452. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après la "loi NRE") prévoit 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 œuvre. 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* ».

En ce qui concerne les pratiques imputables à la société TPO

453. Le chiffre d'affaires le plus élevé de la société Terminal Porte Océane SA a atteint 35 060 811 euros au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2008. Le plafond de sanction normalement applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires le plus élevé de la période examinée, est donc de 3 506 081 euros.

En ce qui concerne les pratiques imputables à la société Perrigault SA

454. Le chiffre d'affaires le plus élevé de la société Perrigault SA a atteint 2 663 639 euros au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2008, ses comptes étant consolidés au sein de ceux du groupe Perrigault. Les comptes consolidés de Perrigault font apparaître au 31 décembre 2008 un chiffre d'affaires de 126 271 731 euros. Le plafond de sanction normalement applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires consolidé le plus élevé de la période examinée, est donc de 12 627 173 euros.

En ce qui concerne les pratiques imputables à la société TNMSC

455. Le chiffre d'affaires le plus élevé de la société TNMSC a atteint 55 456 839 euros au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2007. Le plafond de sanction normalement applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires le plus élevé de la période examinée, est donc de 5 545 683 euros.

En ce qui concerne les pratiques imputables à la société GMP

456. Le chiffre d'affaires le plus élevé de la société Générale de Manutention Portuaire a atteint 142 061 968 euros au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2008. Le plafond de sanction normalement applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires le plus élevé de la période examinée, est donc de 14 206 196 euros.

b) Sur les critères de détermination des sanctions

457. Le I de l'article 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi NRE en date du 15 mai 2001, dispose que « *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à*

l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

458. Seront successivement abordées, parmi les critères de la sanction :

- la gravité des pratiques,
- l'importance du dommage à l'économie,
- la situation individuelle des entreprises.

Sur la gravité des pratiques

459. Il résulte d'une jurisprudence tant nationale que communautaire que la gravité des pratiques 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.

460. En l'espèce, la gravité des faits doit être examinée au regard de chacune des deux pratiques en cause. Au préalable, il convient de prendre en considération la situation du marché sur lequel elles ont été commises.

Analyse du marché sur lequel les pratiques ont été commises

461. Si les pratiques en cause n'ont été commises que sur le seul port du Havre, il y a lieu de souligner que ce dernier est le premier port français pour la manutention de conteneurs, et constitue, grâce au projet Port 2000, la principale plateforme de développement de nouvelles capacités portuaires en France depuis les années 1990. Ainsi, en vue d'améliorer la compétitivité des ports français à l'égard des autres ports de l'arc nord, il était nécessaire de pouvoir assurer l'émergence des nouvelles activités de manutention de Port 2000 dans des conditions de libre concurrence.

Sur l'entente de répartition de clientèle

462. Si, par nature, ce type d'entente est d'une gravité indiscutable, cette gravité peut être atténuée en l'espèce par le fait que l'entente n'a été mise en œuvre que par deux entreprises actives au port du Havre (Perrigault et TPO). Par ailleurs, il s'avère que la part de marché détenue par ces entreprises sur le marché de l'arc nord européen est faible. En effet, en 2007, Perrigault et TPO n'ont représenté respectivement que 2,2 % et 0,02 % des volumes traités.

463. Cependant, il doit être relevé, qu'en 2007, sur le seul marché du port du Havre, Perrigault a traité 36,3 % des volumes totaux. TPO, quant à elle, n'a représenté que 0,4 % des volumes manutentionnés, mais ce faible pourcentage s'explique par le fait que l'exploitation du terminal n'a commencé qu'au dernier trimestre 2007.

464. En outre, la gravité des pratiques est accentuée par la circonstance, qu'elles ont abouti à restreindre l'activité de TPO dans le contexte du lancement de Port 2000.

465. En ce qui concerne la durée de la pratique, il y a lieu de relever que l'entente de répartition de clientèle reprochée à Perrigault et TPO dure au moins depuis le 5 décembre 2006, c'est-à-dire la date à laquelle ces entreprises ont manifesté pour la première fois leur intention

d'interdire à l'entreprise commune de concurrencer les autres terminaux du port du Havre pour les volumes provenant de clients tiers (voir paragraphe 60).

466. Les parties mises en cause prétendent avoir modifié leur comportement à la suite de la décision du Conseil de la concurrence relative à la demande de mesures conservatoires. En effet, lors du conseil d'administration de TPO du 3 décembre 2008, le PDG de TPO a demandé aux administrateurs « *de donner instruction aux dirigeants de TPO d'entreprendre dès à présent, en parallèle, [d]es démarches commerciales auprès des clients potentiels [à savoir DAL, CMA CGM, IM, China Shipping, Emirates Shipping Line et les armateurs composant la GA]* » (cotes 5094-5095). Cependant, il est à noter qu'aucun élément du dossier ne démontre que de telles démarches ont effectivement été initiées et ont abouti.

Sur l'entente de partage de capacité

467. La répartition entre concurrents de la capacité disponible à Port 2000 constitue une forme d'entente de partage de marché. En effet, il s'est agi pour les entreprises mises en cause de se répartir, entre elles, les différentes portions d'une surface d'exploitation disponible. Ce type de pratique est normalement considéré par les autorités de concurrence et les juridictions nationales et communautaires comme d'une particulière gravité.
468. En 2007, ces entreprises n'ont représenté que 9 % des volumes manutentionnés sur le marché de l'arc nord européen. Cependant, comme indiqué précédemment, l'évaluation de la gravité des pratiques doit prendre en considération le fait que, sur le seul port du Havre, la part de marché cumulée des entreprises concernées s'est élevée à 98,51 % des volumes traités.
469. De surcroît, les pratiques constatées ont abouti à restreindre la concurrence pour l'acquisition de capacités dans la dernière phase de la mise en œuvre du projet Port 2000.
470. Il convient de relever également que les pratiques durent depuis le 12 juillet 2006.
471. Cependant, en l'espèce, il y a lieu de prendre en considération, à la décharge des entreprises mises en cause, le rôle incitateur joué par le PAH dans la mise en œuvre de l'entente. En effet, la circonstance que celui-ci ait incité les entreprises mises en cause à s'entendre lors de réunions qu'il a lui-même organisées doit être prise en compte comme circonstance atténuante justifiant une sanction significativement plus faible que celle qui aurait été infligée aux entreprises si elles avaient décidé, de leur propre initiative et de manière secrète, de se réunir pour poursuivre le même objet anticoncurrentiel (voir décision de la Commission européenne du 2 avril 2003, affaire COMP/C.38.279/F3 - Viandes bovines françaises, paragraphe 176 confirmée par l'arrêt du TPICE du 13 décembre 2006, FNCBV, T-217/03 et T-245/03, Rec. p. II-4987 et l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 décembre 2008, Coop de France bétail et viande e.a./Commission, affaires jointes C-101/07 P et C-110/07 P, Rec. p. I-10193).

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

472. Selon une pratique décisionnelle constante, « *l'article L. 464-2 du Code de commerce énonce, parmi les critères de la sanction, l'« importance » du dommage à l'économie : il n'exige donc pas une évaluation précise de ce dommage. La Cour de cassation a d'ailleurs admis que l'existence d'un dommage à l'économie puisse être inférée de l'atteinte à la concurrence portée par la pratique* » (voir, notamment, décision n° 08-D-13 du 11 juin

2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux, paragraphe 70). Enfin, le dommage à l'économie s'apprécie pour l'ensemble de la pratique et non pour chaque entreprise.

473. L'appréciation du dommage à l'économie tient compte de la valeur des marchés affectés, d'éventuelles circonstances conférant à la pratique un caractère d'exemplarité, notamment lorsqu'elle est mise en œuvre par des grands groupes, actifs sur plusieurs marchés de produits ou plusieurs marchés géographiques, et des effets des pratiques sur ces marchés.

Sur la valeur des marchés affectés

En ce qui concerne l'entente de répartition de clientèle

474. Si l'entente de répartition de clientèle n'a été mise en œuvre que par deux opérateurs, à savoir Perrigault et TPO, elle a eu pour effet d'affecter l'activité de l'ensemble du port du Havre, en restreignant la capacité de TPO d'accueillir des armateurs clients et donc la possibilité pour ces derniers de disposer d'un choix entre les différents opérateurs de manutention présents sur ce marché.

475. Or la valeur des prestations de manutention sur l'ensemble du port du Havre s'est élevée à 159 et à 196 millions d'euros respectivement en 2007 et 2008³.

En ce qui concerne l'entente de partage de capacité

476. Il résulte de la jurisprudence que lorsque l'entente en cause porte sur la soumission d'entreprises à un appel d'offres, c'est cet appel d'offres qui doit être considéré comme le marché affecté.

477. En l'espèce, les pratiques relevées affectent l'attribution des postes à quai disponibles à Port 2000 lors d'un appel à candidatures que le GPMH envisage à terme d'organiser. Cet appel d'offres envisagé par le GPMH porte sur deux postes à quai, c'est-à-dire un marché de taille similaire à celui actuellement exploité par GMP et TPO. En effet, GMP et TPO disposent chacun d'un terminal composé de deux postes à quai. Il est donc possible d'évaluer la valeur du marché affecté en se référant à la moyenne des valeurs des prestations de manutention rendues par GMP et TPO sur leurs terminaux respectifs pour une année d'activité. Sur la base des éléments communiqués par GMP et TPO, il est possible d'estimer qu'en moyenne, un terminal composé de deux postes à quai a dégagé en 2008 un chiffre d'affaires de l'ordre de 38,8 millions d'euros.

Sur les effets des pratiques

En ce qui concerne l'entente de répartition de clientèle

478. L'entente de répartition de clientèle a eu des effets réels sur le marché, qui ont été décrits aux paragraphes 295 à 317 de la présente décision.

En ce qui concerne l'entente de partage de capacité

479. En application du décret du 9 octobre 2008, précité, l'attribution des postes à quai de Port 2000 s'effectuera dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres à venir. Il faut souhaiter

³ Ces chiffres excluent la valeur des prestations rendues par TNMSC, seul terminal du port du Havre exclusivement dédié aux trafics d'un armateur (MSC).

que l'établissement portuaire, dès lors qu'il est désormais tenu de respecter une procédure ouverte et publique, prendra sa décision sur le seul mérite des propositions qui lui seront faites, individuellement, par des entreprises candidates, sans reproduire le partage négocié autour du "Yalta" anticoncurrentiel décrit plus haut.

480. Ce nouvel élément réduit sensiblement le dommage à l'économie produit par les pratiques.

Sur les éléments individuels à prendre en compte pour chacune des entreprises

En ce qui concerne l'entente de partage de clientèle

481. Les éléments au dossier montrent qu'APMM a appelé l'attention de Perrigault et TPO sur la contradiction entre leur comportement et celui qu'elles s'étaient engagées à adopter devant le ministre de l'économie. Ainsi, APMM a relevé dans une déclaration au conseil d'administration de TPO du 8 novembre 2007, que « nous sommes obligés de nous assurer que toutes les démarches entreprises par les actionnaires en relation avec le développement de l'activité est conforme avec ce qui a été présenté à la banque et notifié aux autorités de concurrence française et ne peuvent être conduites dans l'intérêt d'une seule partie. Il est impératif que les groupes APMM et Perrigault ainsi que l'entreprise commune respectent scrupuleusement les dispositions pertinentes du droit de la concurrence français et communautaire à tout moment » (cote MC 838). Par la suite, dans un courrier du 23 novembre 2007 adressé à un dirigeant de Perrigault, APMM expliquait que « le Groupe Perrigault empêche concrètement TPO de contracter librement avec des clients potentiels [ce qui n'est pas conforme à] la nature « full function » de notre joint-venture que nous avons notifiée aux autorités de compétition » (cote 773).

482. Quels que soient les arguments par lesquels TPO affirme qu'APMM tentait en réalité de "piéger" Perrigault et l'entreprise commune, la mise en œuvre des comportements constatés malgré ces avertissements atteste du caractère délibéré de la restriction imposée à l'activité de TPO.

En ce qui concerne l'entente de répartition de capacité

483. GMP, TPO et TNMSC ont été représentées lors des trois réunions de 2006 au cours desquelles leurs dirigeants se sont entendus sur la répartition future des postes à quai de Port 2000. Leur degré de participation est donc équivalent.

484. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède :

- qu'en ce qui concerne le premier grief, les sanctions infligées obéiront aux critères généraux et individuels rappelés ci-dessus ;
- qu'en ce qui concerne le second grief, il y a lieu de ne prononcer à l'égard des entreprises mises en cause qu'une sanction de principe, pour tenir compte de la gravité très atténuée des pratiques compte-tenu du rôle moteur joué par l'établissement portuaire et du dommage limité à l'économie qu'elle ont créé.

c) Sur le montant des sanctions

Pour Terminal Porte Océane

485. La société Terminal Porte Océane doit répondre de l'entente de partage de clientèle et de l'entente de partage de capacité, visées par les premier et second griefs. En fonction des

éléments individuels et généraux tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus, il y a lieu de la sanctionner à hauteur de 105 000 euros pour le premier grief, et à hauteur de 30 000 euros pour le second grief.

Pour Perrigault SA

486. La société Perrigault SA doit répondre de l'entente de partage de clientèle visée par le premier grief. En fonction des éléments individuels et généraux tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus, il y a lieu de la sanctionner à hauteur de 370 000 euros.

Pour Terminal Normandie MSC

487. La société Terminal Normandie MSC doit répondre de l'entente de partage de capacité visée par le second grief. En fonction des éléments individuels et généraux tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus, il y a lieu de la sanctionner à hauteur de 40 000 euros.

Pour Générale de Manutention Portuaire

488. La société Générale de Manutention Portuaire doit répondre de l'entente de partage de capacité visée par le second grief. En fonction des éléments individuels et généraux tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus, il y a lieu de la sanctionner à hauteur de 80 000 euros.

2. SUR LE PRONONCE D'UNE INJONCTION

489. Aux termes de l'article L. 462-6 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions* ». L'article L. 464-2-I prévoit également que « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières [...]* ».

490. APMM se prévaut de ces dispositions pour demander à l'Autorité de la concurrence le prononcé d'injonctions afin de corriger les comportements de Perrigault et TPO ayant donné lieu au grief de répartition de clientèle. Le premier type de mesures proposé par APMM viserait à permettre à TPO d'avoir sa propre clientèle. En effet, APMM demande à l'Autorité d'enjoindre à TPO de contracter directement avec des compagnies maritimes tierces sur la base d'une interprétation raisonnable et légale de la clause de non-concurrence. Le second type de mesures viserait à remédier au conflit d'intérêts inhérent à TPO en ordonnant à l'entreprise commune de se doter d'organes commerciaux et de direction indépendants de ses actionnaires.

491. TPO considère en revanche que l'adoption de telles mesures anéantirait l'investissement de Perrigault dans Port 2000 et conduirait à la disparition de cette dernière. De plus, de telles mesures constitueraient, selon TPO, un détournement des objectifs poursuivis par les autorités publiques en créant Port 2000, c'est à dire l'attraction de volumes nouveaux. A tout le moins, TPO relève que le prononcé d'injonctions ne saurait permettre à APMM de prendre le contrôle de TPO et de se libérer de ses engagements, ni conduire à porter atteinte aux intérêts légitimes de Perrigault.

492. Le prononcé d'injonctions au fond est soumis au principe de proportionnalité, ce qui signifie que les mesures ordonnées ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence. Comme le Conseil de la concurrence l'a

souligné dans son rapport annuel pour 2005, le prononcé d'injonctions apparaît néanmoins particulièrement nécessaire lorsque l'atteinte à la concurrence résulte des stipulations d'un contrat toujours en vigueur à la date de la décision de l'Autorité.

493. En l'espèce, le grief notifié résulte notamment du détournement, par TPO et Perrigault, de l'objet d'une clause de non-concurrence, qui sera toujours en vigueur à la date de la décision de l'Autorité. La pratique anticoncurrentielle ne résulte pas de l'existence de la clause de non-concurrence en tant que telle mais de l'application extensive qui en est faite par Perrigault et TPO.
494. Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence est fondée à enjoindre aux parties d'empêcher l'utilisation de la clause concernée au support d'une pratique anticoncurrentielle. A cet égard, il est pertinent de préciser aux parties que l'effet utile de la clause de non-concurrence, dont le principe n'est pas contesté, n'implique aucunement d'en étendre l'application à des lignes qui ne font pas escale sur des terminaux de TN, qu'il s'agisse de clients d'autres opérateurs de manutention ou de lignes qui, nouvellement créées ou n'ayant pas fait escale au port du Havre au cours des douze derniers mois, ne disposent pas de relations commerciales établies avec un opérateur de manutention au port du Havre.

3. SUR L'OBLIGATION DE PUBLICATION

495. Afin d'informer les acteurs et utilisateurs des services de manutention portuaire au port du Havre de la présente décision, il y a lieu d'ordonner aux sociétés Perrigault, Terminal Porte Océane, Terminal Normandie MSC et Générale de Manutention portuaire de faire publier à leurs frais, au prorata des sanctions prononcées, dans les journaux « Paris-Normandie » et « l'Antenne » le résumé de la présente décision figurant au point suivant :
496. Résumé de la décision : « *Statuant sur une saisine de la société A.P. Møller-Mærsk concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe Perrigault et par la société Terminal Porte Océane dans le secteur de la manutention portuaire de conteneurs au port du Havre et sur une saisine d'office plus large concernant la manutention portuaire au Havre, l'Autorité de la concurrence a sanctionné deux ententes anticoncurrentielles sur le double fondement du droit communautaire et national, commises dans l'enceinte du Grand Port Maritime du Havre, alors que le secteur de la manutention sur ce port devait évoluer avec la mise en service de nouvelles infrastructures dans le cadre du projet d'extension du port baptisé « Port 2000 ».*

La première entente est relative à l'application anticoncurrentielle d'une clause de non concurrence contenue dans l'accord fondateur de l'entreprise commune Terminal Porte Océane (ci-après TPO), conduisant à un partage de clientèle.

La société Terminal Porte Océane constitue une entreprise commune détenue à parts égales entre l'armateur de dimension mondiale A.P. Møller-Mærsk (ci-après APMM), actif dans le secteur du transport maritime de conteneurs et le groupe Perrigault, spécialisé dans l'activité de manutention portuaire. Cette société a été constituée en vue de l'exploitation d'un terminal à Port 2000. APMM s'est engagée auprès de TPO à garantir au terminal un apport minimum d'activité en volume.

Aux termes de la clause dite de "non-concurrence", il est prévu que TPO ne devra « 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 vis-à-vis de la clientèle de TPO ».

Alors que dans la notification qui a été faite de l'opération lorsqu'elle a été soumise au contrôle des concentrations, il était précisé que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et ne serait pas exclusivement dédiée aux besoins d'APMM, les parties ayant en effet expressément prévu « la possibilité d'offrir leurs services à des compagnies maritimes tierces », Perrigault et TPO se sont concertées en vue d'interdire à TPO de contracter avec des clients autres qu'APMM et de concurrencer ainsi les autres terminaux existants du port du Havre. Cette extension anticoncurrentielle de la clause de non concurrence a empêché TPO de contracter avec des opérateurs tiers au port du Havre et a donc privé les armateurs y faisant escale d'une solution alternative à l'offre des manutentionnaires en place.

La seconde entente est une entente de répartition des postes à quai disponibles de Port 2000 du port du Havre conclue entre les manutentionnaires TPO, TNMSC et GMP. Ces entreprises se sont réunies à trois reprises, à l'initiative de l'établissement portuaire, pour se répartir à l'avance les postes à quai disponibles, sans se faire concurrence, les réunions ayant été désignées par le terme de "Yalta".

L'entente de répartition de capacité en cause a nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle a permis à tous les opérateurs membres de l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelles seront les demandes de chacun lors du futur concours pour l'attribution des postes à quai de Port 2000. En effet, du fait de l'entente, les entreprises mises en cause ont cessé de déterminer leur politique commerciale de manière autonome sur le marché.

Le Grand Port Maritime du Havre auquel un grief de participation à l'entente avait été notifié en raison de la présence aux réunions litigieuses de l'ancien Port Autonome du Havre n'a pas été sanctionné par l'Autorité, car ces réunions étaient organisées en vue de l'attribution des postes à quai, activité indissociable de sa mission de gestion du domaine public du port et de l'exercice par l'établissement portuaire de ses prérogatives de puissance publique. Les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises ayant participé à l'entente sont limitées afin de tenir compte à la fois du rôle incitateur du port et du faible dommage à l'économie compte-tenu du fait qu'en application d'un décret du 9 octobre 2008, l'établissement portuaire devra lancer un appel d'offres ouvert pour attribuer les futurs postes à quai.

L'Autorité a exclu toute justification économique pour ces deux ententes de répartition, aucun progrès économique découlant des pratiques litigieuses n'ayant été démontré par les parties.

La règle "de minimis", permettant d'exonérer les pratiques mettant en cause des opérateurs dont le pouvoir de marché est inférieur à certains seuils, a également été écartée, s'agissant de pratiques figurant dans la catégorie des restrictions de concurrence caractérisées, c'est-à-dire des pratiques d'une extrême gravité.

Sont infligées les amendes pécuniaires suivantes :

- *à la société Terminal Porte Océane, une sanction de 135 000 euros ;*
- *à la société Perrigault SA, une sanction de 370 000 euros ;*
- *à la société Terminal Normandie MSC, une sanction de 40 000 euros ;*
- *à la société Générale de Manutention Portuaire, une sanction de 80 000 euros ;*

L'Autorité a également enjoint à TPO et Perrigault de veiller à une application stricte de la clause de non concurrence.

Le texte intégral de la décision de l'Autorité de la concurrence est disponible sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr ».

DISPOSITIF

Article 1er : L'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour statuer sur les pratiques reprochées au Grand Port Maritime du Havre (GPMH).

Article 2 : Il est établi que les sociétés Terminal Porte Océane et Perrigault SA ont 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.

Article 3 : Il est établi que les sociétés Terminal Porte Océane, Terminal Normandie MSC et Générale de Manutention Portuaire ont 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 capacité. Il n'y a pas lieu de retenir ce grief à l'encontre des sociétés A.P. Møller-Mærsk A/S, CMA CGM et Perrigault SA.

Article 5 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société Terminal Porte Océane, une sanction de 105 000 euros pour le premier grief et de 30 000 euros pour le second grief ;
- à la société Perrigault SA, une sanction de 370 000 euros ;
- à la société Terminal Normandie MSC, une sanction de 40 000 euros ;
- à la société Générale de Manutention Portuaire, une sanction de 80 000 euros.

Article 6 : Il est enjoint aux sociétés Perrigault et TPO de cesser de mettre en œuvre, dès le prononcé de la présente décision, les pratiques condamnées au titre de l'article 2. Les deux sociétés devront appliquer la clause de non-concurrence qu'elle ont signée le 18 mai 2004 de telle manière qu'elle permette à TPO de faire des offres à des lignes qui ne font pas escale sur des terminaux de TN, qu'il s'agisse de clients d'autres opérateurs de manutention du Havre ou de lignes qui, nouvellement créées ou n'ayant pas fait escale au port du Havre au cours des douze derniers mois, ne disposent pas de relations commerciales établies avec un opérateur de manutention au Havre.

Article 7 : Les sociétés mentionnées à l'article 5 feront publier le texte figurant au paragraphe 496 de la présente décision, en respectant la mise en forme, dans les éditions des journaux « Paris-Normandie » et « l'Antenne ». Ces publications interviendront dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à trois millimètres sous le titre suivant, en caractère gras de même taille : « *Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre* ». Elles pourront être suivies de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. Les sociétés concernées adresseront, sous pli recommandé, au bureau de la procédure, copie de ces publications, dès leur parution et au plus tard le 1^{er} juin 2010.

Délibéré sur le rapport oral de M. Simon Genevaz et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mmes Françoise Aubert, Elisabeth Flüry-Hérard et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

Le président,
Bruno Lasserre