

AVIS

Concurrence dans le secteur de la manutention portuaire pour les facilités essentielles

Le Conseil,

Après avoir pris connaissance d'un document de travail présentant une vue d'ensemble des services portuaires en France et des principaux constats effectués à partir des résultats d'une enquête diligentée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes,

CONSIDÉRANT qu'une bonne régulation de la manutention portuaire est nécessaire dans une optique d'efficacité économique ; qu'une telle régulation, gage de croissance et de développement harmonieux de l'activité portuaire, est dans l'intérêt de tous les acteurs : autorités portuaires, manutentionnaires, armateurs, et salariés du secteur ;

CONSIDÉRANT que la loi n°2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire prévoit notamment que les grands ports maritimes veillent à l'intégration des enjeux de développement durable dans le respect des règles de concurrence ;

CONSIDÉRANT que la clarté des règles du jeu est un élément essentiel pour favoriser le dynamisme des acteurs et l'investissement¹ ;

CONSIDÉRANT l'importance d'un strict respect de l'ensemble des règles applicables en matière de droit du travail dans le domaine portuaire, notamment les conventions collectives ;

CONSIDÉRANT que, dans un contexte où la gestion d'un terminal est confiée par une convention de longue durée à un opérateur, le terminal peut être qualifié de facilité essentielle c'est-à-dire que la faculté des tiers d'accéder au terminal et à son outillage peut être une exigence au regard de l'efficacité économique, et plus particulièrement du droit de la concurrence ; qu'il résulte de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence que le refus par un gestionnaire de terminal de donner accès à son infrastructure à des tiers désireux d'opérer sur le marché local de la manutention portuaire peut, dans certaines circonstances, être qualifié d'abus de position dominante et sanctionné au titre du droit de la concurrence ;

CONSIDÉRANT que l'accessibilité des terminaux aux tiers est un enjeu d'efficacité économique lorsqu'un terminal peut être défini comme une infrastructure essentielle, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de terminaux « *substituables* » pour fournir un service de manutention donné, et qu'il ne peut pas être reproduit dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents du gestionnaire ;

¹ Cf. notamment § 180 de l'avis de l'Autorité de la Concurrence n°09-A-42 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services.

CONSIDÉRANT que si la qualification d'un terminal en infrastructure essentielle requiert un examen au cas par cas, cet examen repose sur des principes généraux dégagés par la jurisprudence ; que parmi ces principes figure notamment celui selon lequel l'existence ou non de terminaux substituables doit être examinée au niveau du port concerné, en fonction de la concurrence intraportuaire, ainsi qu'au niveau des autres ports, en fonction de la concurrence interportuaire, qui dépend de la délimitation géographique du marché ;

CONSIDÉRANT que la délimitation géographique du marché est liée à l'*hinterland* d'un port ; que cet *hinterland* peut être distinct selon le type de trafic et, pour un même type de trafic, varier selon la nature des marchandises, ainsi que l'ont rappelé de nombreuses décisions, à l'instar de la décision « *Port de la Rochelle* »² de l'Autorité de la Concurrence;

CONSIDÉRANT que la conteneurisation des marchandises a entraîné une standardisation des activités portuaires ayant accru la substituabilité entre les ports et intensifié la concurrence interportuaire³ ; que les autorités de concurrence ont souligné qu'un chargeur utilisant des conteneurs peut bénéficier de plus d'options économiques – c'est-à-dire d'un marché géographique plus large – que s'il fait transporter des marchandises non conteneurisées, telles que du vrac ou des marchandises diverses⁴ ; que ces différentes particularités tendent à montrer que les terminaux conteneurs sont de manière générale peu susceptibles de constituer des facilités essentielles, comme l'illustrent notamment les différentes décisions rendues concernant le Port du Havre, à la fois du Ministre de l'Économie et des Finances⁵ et de l'Autorité de la concurrence⁶, qui témoignent d'une concurrence interportuaire très vive ;

CONSIDÉRANT qu'une entreprise dominante sur le marché amont de biens ou services dont l'acquisition est indispensable à la production de biens ou à la fourniture de services sur un marché aval, et qui étend son pouvoir de marché sur ce marché aval « en pratiquant des prix sur les deux marchés tels qu'un concurrent qui se fournirait auprès d'elle sur le marché amont ne serait pas en mesure d'être compétitif sur le marché aval » se rend coupable d'un *effet de ciseau tarifaire* considéré comme abusif⁷ ;

CONSIDÉRANT que lorsque les conditions d'accès à une infrastructure essentielle induisent une asymétrie d'information au profit de son gestionnaire, la tardiveté de la transmission de certaines informations indispensables à l'accès à cette infrastructure ou l'incomplétude de ces informations peut porter atteinte au bon fonctionnement de la concurrence ; qu'afin de déterminer les modalités de leurs interventions, les tiers doivent pouvoir obtenir de la part des gestionnaires de terminaux les informations techniques et commerciales nécessaires ;

CONSIDÉRANT qu'il résulte de ce qui précède que l'impératif d'efficacité économique impose d'apporter une réponse précise à la question de l'accès des tiers à ces

² Décision n°05-D-28 du 15 juin 2005 relative à des pratiques d'entreprises fournissant aux professionnels de la filière bois et pâtes de bois des services de manutention et de stockage sur le port de commerce de La Rochelle, page n°6, § 24.

³ Cf. contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur la concurrence dans le domaine des ports et des services portuaires de 2011, document DAF/COMP(2011)14, page n°136.

⁴ Voir notamment sur ce point la contribution du DOJ et de la FTC à la table ronde de l'OCDE sur la concurrence dans le domaine des ports et des services portuaires de 2011, *Ibidem*, page 226.

⁵ C 2006-49, Lettre du Ministre de l'Économie et des Finances et de l'Industrie en date du 10 mai 2006, aux conseils de la société AP Moller Maersk, relative à une concentration dans le secteur de la manutention de conteneurs, page 2.

⁶ 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, pages 48 et 49, § 227 et 230.

⁷ Cf. Décision n°05-D-28 du 15 juin 2005 susmentionnée, page n°8, § 34.

infrastructures portuaires, notamment pour prévenir d'éventuels contentieux de droit de la concurrence ; qu'il a été constaté qu'une telle réponse ne résulte pas des stipulations des conventions de terminaux en vigueur ;

CONSIDÉRANT que cette exigence requiert de définir un ensemble de bonnes pratiques tenant compte des principes de la régulation économique, notamment concernant la transparence, la tarification, les délais de traitement des demandes des tiers ;

CONSIDÉRANT que si la définition d'un code de bonnes pratiques pour l'accès des tiers aux terminaux portuaires constitue une première étape indispensable, la seule autodiscipline des acteurs ne suffit pas à écarter avec certitude tout risque contentieux ; que si des plaintes déposées auprès l'Autorité de la Concurrence peuvent amener cette dernière à élaborer un corpus de règles à partir de sa pratique décisionnelle, ce processus risque d'être long et de faire peser pendant un laps de temps significatif un aléa sur les acteurs, peu propice aux décisions d'investissement et à l'emploi ;

CONSIDÉRANT qu'il paraît donc souhaitable d'envisager des solutions de nature à faciliter un règlement rapide des litiges.

EMET L'AVIS SUIVANT :

1) Les autorités portuaires devraient porter une attention particulière, dans le cadre de l'exercice de leurs prérogatives, à la question de l'accessibilité des terminaux aux tiers qui peut constituer une exigence du droit de la concurrence lorsqu'un terminal est susceptible d'être qualifié d'infrastructure essentielle.

2) Ces autorités devraient faire leurs meilleurs efforts pour promouvoir par tout moyen des bonnes pratiques de la part des opérateurs concernés de nature à garantir un accès des tiers aux infrastructures essentielles portuaires dans des conditions pratiques et tarifaires conformes à la jurisprudence nationale et communautaire.

3) Ces bonnes pratiques devraient inclure la garantie de conditions d'accès transparentes et non discriminatoires n'induisant pas pour les tiers un effet de « ciseau tarifaire ».

4) Ces bonnes pratiques devraient inclure également la transmission aux tiers, dans un délai raisonnable et compatible avec les exigences d'un fonctionnement normal du marché, de toutes les informations techniques et commerciales qui sont strictement nécessaires à l'exercice par ces tiers de leurs missions.

5) Parmi les options qui devraient être explorées afin de prévenir d'éventuelles difficultés d'accès aux sites portuaires peut être mentionnée la mise à disposition d'un espace public sur ces sites, à la disposition des tiers pour le développement de leurs activités, dans des conditions qu'il appartiendrait à l'autorité portuaire de définir.