

L'ACTION DU CONCESSIONNAIRE DE POMPES FUNÈBRES EN CONCURRENCE DÉLOYALE : LES SOUBRESAITS DU MONOPOLE COMMUNAL RENFORCENT L'OPPOSABILITÉ DU CONTRAT

Cass. com., 23 oct. 2001, n°1815 FS-P,
Pompes funèbres De Memoris c/ Pompes Funèbres Générales

Catherine PRIETO

Professeur à l'Université Aix-Marseille

Thème : Concurrence déloyale - Pompes funèbres – Service extérieur – Monopole légal des communes - Contrat de concession exclusive - Validité non contestée – Opposabilité du contrat – Dissociation entre validité du contrat et exécution du contrat – Comportement illicite du cocontractant – Exécution du contrat constitutive de pratiques anticoncurrentielles - Poursuites distinctes – Action en concurrence déloyale – Recevabilité (oui) - Respect du contrat – Contenu légal du monopole concédé – Fermeture de cercueil – Transport du cercueil - Dérogation légale – Conditions non réunies – Déloyauté (oui).

*

La validité des contrats de concession exclusive sur lesquels la société PFG fonde son action en concurrence déloyale n'étant pas contestée, l'arrêt énonce à bon droit que les pratiques anticoncurrentielles de la société PFG, qui trouvent leurs sanctions dans les poursuites administratives qui peuvent être engagées contre celles-ci et dans les actions en responsabilité civile, qui peuvent être engagées par les victimes, ne dispensent pas les tiers de respecter ces contrats de concession et ne constituent pas un cas d'irrecevabilité de la demande.

En retenant le bien-fondé de l'action en concurrence déloyale, la cour d'appel a justifié sa décision dans la mesure où les prestations fournies par la société De Memoris concernaient bien le service extérieur des pompes funèbres et que l'autorisation de fermeture du cercueil et du transport de celui-ci demandée aux services municipaux ne réunissait pas les conditions d'application de la dérogation prévue par l'article L.362-4-1 du code des communes. Les juges du fond ont donc écarté l'argument selon lequel la société De Memoris se serait limitée à participer à des convois organisés par la société PFG.

*

* *

INTRODUCTION	2
I – La recevabilité de l'action en concurrence déloyale	5
A - La validité non contestée du contrat de concession exclusive	5
B - L'opposabilité du contrat nonobstant sa prétendue exécution anticoncurrentielle	8
II – Le bien-fondé ambivalent de la condamnation en concurrence déloyale	11
A – La violation du service extérieur concédé : des preuves à caractère flou	11
B – Le mode de calcul de la réparation : des preuves comptables exemplaires	12

INTRODUCTION

1. – **L'activité économique des pompes funèbres appelle une vigilance particulière** au regard de l'état de vulnérabilité psychologique que connaissent les proches du défunt. **Le comportement des consommateurs, sur le marché funéraire, est difficilement éclairé et rationnel.** Un dispositif de protection doit leur garantir une information renforcée (¹). En outre, ces consommateurs ne sont pas en mesure de faire jouer la concurrence (²). Il faut donc que les autorités exercent un contrôle lui aussi renforcé (³).

2. – **Le caractère complexe et évolutif du cadre juridique** de cette activité n'a pas facilité son appréciation au regard du droit de la concurrence. Il faut tout d'abord distinguer dans **les prestations de pompes funèbres** trois services : **le service intérieur, le service extérieur et le service des prestations libres** (⁴). Le service intérieur relève du monopole des cultes puisque, comme son nom l'indique, il porte sur l'organisation et la décoration à l'intérieur des édifices cultuels. Le service extérieur est fourni en dehors des édifices cultuels et constitue un service public qui, depuis une loi du 28 décembre 1904, appartenait exclusivement aux communes. Quant aux prestations libres, ce sont celles qui, ne relevant ni

¹ Pour un exemple de cette vigilance sur le détail des informations obligatoires, cf Rapport d'activité du Conseil National de la consommation pour l'année 1998, BOCCRF, n°8 du 30 avril 1999.

² Cons. conc., déc. n°2000-D-59 du 6 déc. 2000, BOCCRF 30 décembre 2000.

³ Pour un exemple de cette vigilance en matière de contrôle, cf le Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour l'année 1997. Il convient de relever que la protection du consommateur est singulièrement assurée par une interprétation audacieuse du "*dommage à l'économie*". Ainsi, le Conseil de la concurrence a précisé "*qu'il y a lieu de tenir compte du fait que toutes les familles, y compris les plus modestes et les plus démunies, sont concernées par ces pratiques ; que les familles des défunts se trouvent au moment où elles accordent leur confiance à une entreprise de pompes funèbres dans un état de dépendance lié d'une part à la nécessité d'organiser les funérailles dans un délai très bref, d'autre part au désarroi que le deuil est de nature à causer ; qu'elles se trouvent ainsi dans une position de faiblesse vis à vis des offreurs*", cf Déc. n°97-D-76 du 21 octobre 1997, relative à des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres à Gonesse, BOCCRF janvier 1998. Cette analyse, reprise par la Cour d'appel de Paris, a été approuvée par la Cour de cassation selon laquelle, en l'espèce, le dommage à l'économie avait été correctement caractérisé, cf Cass. com., 9 mai 2001, BOCCRF 23 juin 2001. Préalablement, la Cour de cassation avait relevé dans une autre espèce que, "*s'adressant à un public fragilisé par le deuil*", l'entreprise avait "*caractérisé l'incidence structurelle de la pratique sur l'économie du marché considéré*", cf Cass. com., 16 janvier 2001, BOCCRF du 31 mars 2001.

⁴ Cons. conc., Déc. n° 98-D-20 du 10 mars 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres à Nîmes, Tarascon et Beaucaire.

du service extérieur, ni du service intérieur des pompes funèbres, dépendent simplement de la libre initiative des familles (⁵).

3. - **Le droit de la concurrence ne s'intéresse qu'aux prestations de service extérieur.** Ce service extérieur appelait des mutations, tant le **monopole légal des communes** est apparu anachronique et susceptible d'engendrer des distorsions de concurrence entre les entreprises. En effet, les communes n'étaient pas tenues d'assurer elles-mêmes ce service et pouvaient donc avoir recours à une régie ou à une délégation. Certaines entreprises bénéficiaient ainsi d'un **contrat de concession exclusive**. L'enjeu de cette exclusivité donnait une vive importance au contenu exact du service extérieur. L'article L. 362-6 du code des communes énumérait les prestations concernées : le transport des corps après mise en bière, la fourniture des corbillards, des cercueils, des tentures extérieures des maisons mortuaires, des voitures de deuil, des fournitures et personnels nécessaires aux inhumations et crémations.

4. – Un premier changement est intervenu avec **la loi n°86-29 du 9 janvier 1986 qui a assoupli le régime du monopole légal** (⁶). Jusqu'au 1er janvier 1987, date d'entrée en vigueur de la loi, les familles étaient tenues de s'adresser, pour les prestations de service extérieur, à l'entreprise implantée dans la commune de mise en bière lorsque la commune avait organisé ce service. Or, il fallait tenir compte de l'évolution selon laquelle les décès se produisaient dans leur majorité en milieu hospitalier et, ainsi, dans des communes différentes du domicile du défunt. Le législateur a donc souhaité **restituer aux familles une certaine liberté économique dans l'organisation des funérailles**. Il a donc introduit l'article L. 362-4-1 du code des communes : *"Par dérogation aux règles du service extérieur des pompes funèbres, lorsque la commune de mise en bière n'est pas celle du défunt ou du lieu d'inhumation ou de crémation, la personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles ou son mandataire, si elle ne fait pas appel à la régie ou au concessionnaire de la commune du lieu de mise en bière, dans les conditions fixées à l'article L. 362-1, peut s'adresser à la régie ou au concessionnaire ou, en l'absence d'organisation du service à toute entreprise de pompes funèbres soit de la commune du lieu d'inhumation ou de crémation, soit de la commune du domicile du défunt, pour assurer les fournitures de matériel prévues à l'article L.362-1, le transport des corps après mise en bière et l'ensemble des services liés à cette prestation"*.

5. – Le second changement a été radical. **La loi n°93-23 du 8 janvier 1993 relative au domaine funéraire a mis fin au monopole légal des communes** (⁷). Désormais, le service extérieur constitue une mission de service public qui peut être assurée, non seulement par les communes ou leurs délégataires, mais aussi par toute entreprise dès lors qu'elle est spécialement habilitée par le représentant de l'Etat dans le département. L'article L.2223-19 du

⁵ Il s'agit par exemple de la mise en bière, de la fourniture des fleurs, des faire-part, des travaux de marbrerie, de l'entretien des tombes, cf Cons.conc., Déc. n° 97D84 du 25 novembre 1997 relative à des pratiques mises en oeuvre par le syndicat intercommunal à vocation unique des Pompes Funèbres des Communes Associées de la région brestoise dans le secteur des pompes funèbres.

⁶ Pour une mise en perspective, cf N.Rainaud, Service public et pompes funèbres, RDP 1992, p.513.

⁷ Elle a également étendu le domaine des prestations du service extérieur. Aux prestations déjà énoncées s'ajoutent le transport des corps avant la mise en bière, l'organisation des obsèques, les soins de conservation, la fourniture des housses, des urnes cinéraires, la gestion et l'utilisation des chambres funéraires, cf art. L. 2223-19 du code général des collectivités territoriales. Sur l'ensemble de la question, cf G. Sébastien, La fin du monopole communal des pompes funèbres : vers un nouveau droit funéraire ?, JCP 1993, G, I, 3701.

Code général des collectivités territoriales énonce que les communes ou leurs délégués ne bénéficient plus d'aucun droit d'exclusivité pour l'exercice de cette mission. Devant l'importance du bouleversement économique, le législateur a d'ailleurs tenu à aménager **une période de transition**. Aux termes de l'article 28-1 de cette loi, "*les régies communales et intercommunales des pompes funèbres existant à la date de la publication de la présente loi peuvent, durant une période qui ne saurait excéder cinq années à compter de cette date, assurer seules le service extérieur des pompes funèbres tel que défini par les dispositions légales précédemment en vigueur ; durant une période de trois ans, les contrats de concession conclus avant la date de publication de la présente loi, y compris ceux comportant une clause d'exclusivité, continuent à produire leurs effets jusqu'à leur terme, sauf résiliation d'un commun accord ; nonobstant toute disposition contraire, les contrats comportant une clause d'exclusivité ne peuvent être ni prorogés, ni renouvelés...*". Les comportements sont toutefois longs à se modifier et le Conseil de la concurrence a constaté une intensification des comportements anticoncurrentiels lors de cette période de transition. Pour la seule année 1997, il a eu à connaître de six affaires de pompes funèbres et a prononcé 5,5 millions de francs d'amendes ⁽⁸⁾. De la même manière, les actions en concurrence déloyale se sont multipliées.

6. – La présente affaire illustre précisément **les entorses aux concessions exclusives avant la disparition définitive du monopole communal**. Les premiers faits litigieux remontent à 1992. Durant cette année-là, la SA De Memoris avait fourni, semble-t-il, 72 prestations de service extérieur en violation du contrat de concession consenti à la SA Pompes Funèbres Générales par les communes d'Argenteuil, Eaubonne, Gonesse et Sarcelles, constituées en syndicat intercommunal. La SA PFG a donc demandé réparation, mais elle a été déboutée par un jugement du 10 janvier 1995 rendu par le Tribunal de Pontoise. La SA PFG a interjeté appel de ce jugement et a reproché, en outre, à la SA De Memoris de poursuivre sa concurrence déloyale en ayant organisé 155 convois funéraires au cours de 1993. La Cour d'appel de Versailles a infirmé le jugement et condamné la SA De Memoris à payer 335.000 à titre de dommages et intérêts. Le pourvoi de la société De Memoris s'articule en deux temps. Il est d'abord reproché à la cour d'appel d'avoir déclaré recevable l'action en concurrence déloyale d'une entreprise, sans que celle-ci ait prouvé qu'elle exerçait le monopole en conformité avec le droit interne et communautaire de la concurrence. Il lui est ensuite reproché d'avoir déclaré fondée l'action en concurrence déloyale sans que soit caractérisées les atteintes au monopole concédé. La Cour de cassation rejette les deux moyens dans notre arrêt du 23 octobre 2001.

7. - La recevabilité de l'action en concurrence déloyale, suspendue à la preuve préalable de la validité du contrat, est habituelle ⁽⁹⁾. Cette défense se conçoit aisément puisque le contrat est l'élément générateur du droit à protection ⁽¹⁰⁾. **L'intérêt de la présente affaire**

⁸ Conseil de la concurrence, Rapport d'activité pour 1997, préc.

⁹ Voir, en dernier lieu, C. Prieto, Concurrence déloyale et distribution sélective d'un produit quasiment "mythique" : le jean Levi's, note sous CA Paris, 5^{ème} ch, sect. A, 7 novembre 2001, n°2001/13151, SA Auchan c/ Levi Strauss Continental, Droit 21, 2001, AJ 486 ; C. Prieto, Les exigences du multimarquisme, note sous CA Douai, 1^{er} février 2001, D. 2001, Cah. dr. aff., p.1378 : l'action en concurrence déloyale est neutralisée par des exigences excessives de validité en matière de multimarquisme.

¹⁰ M. Behar-Touchais, La protection du réseau de distribution, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, Montchrestien 1996, p.54, note 35.

est de poser un cas de figure où la validité du contrat n'est pas remise en cause, alors même que le bénéficiaire de ce contrat est suspecté d'abuser de la situation contractuelle qui le place en position dominante. La Cour de cassation dissocie les poursuites pour abus de position dominante dans l'exécution d'un contrat de concession et l'opposabilité de ce contrat qui, parce que sa validité n'est pas contestée, peut fonder l'action en concurrence déloyale.

7. – Pour une fois, l'action en concurrence déloyale n'est pas neutralisée, sur le terrain de sa recevabilité, par les exigences de libre concurrence. **Ce refus d'une interaction entre concurrence déloyale et libre concurrence est suffisamment rare pour qu'il mérite d'être souligné.** La discussion sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles est écartée, dès lors qu'elle ne porte pas sur la validité du contrat. Elle doit faire l'objet de poursuites distinctes et ne pas remettre en cause la recevabilité de l'action en concurrence déloyale (I). Le bien-fondé de l'action en concurrence déloyale appelle, quant à lui, à se pencher sur les contours du service extérieur pour pouvoir apprécier la violation de la concession exclusive (II).

I – LA RECEVABILITE DE L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE

8. – La Cour de cassation nous amène à faire la distinction entre le bénéfice d'un contrat valable et l'abus dans l'exécution de ce même contrat. Dès lors que la validité du contrat de concession exclusive n'est pas contestée (A), son opposabilité fonde une action en concurrence déloyale, indépendamment d'une situation illicite tenant à un abus de la position contractuelle (B).

A - La validité non contestée du contrat de concession exclusive

9. – C'est **au regard du droit de la libre concurrence** que le contrat de concession exclusive de service extérieur aurait pu être contesté dans sa validité. Il l'a déjà été **sur le plan du droit communautaire**. La Cour de justice, saisie de plusieurs questions préjudicielles, a rendu un arrêt remarqué en 1988 sur la compatibilité avec les articles 85, 86 et 90 du traité (devenus 81, 82 et 86 CE) des contrats de concession exclusive du monopole communal en matière de service extérieur des pompes funèbres ⁽¹¹⁾. Or, le litige qui était à l'origine de cette

¹¹ CJCE, 4 mai 1988, aff. 30/87, C. Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées, Rec. 1988, p.2479, JCP éd. G 1988, II, 21145, M.C. Boutard-Labarde. A propos de l'article 85, la Cour a considéré qu'il "ne visait pas les contrats de concession conclus entre des communes agissant dans leur qualité d'autorités publiques et des entreprises chargées d'exécution d'un service public". Quant à l'article 90, elle a considéré qu'"il interdit à des autorités publiques d'imposer aux entreprises auxquelles elles ont accordé des droits exclusifs, tels que le

saisine opposait précisément une franchisee du groupe Michel Leclerc à une filiale de la SA Pompes Funèbres Générales, protagoniste dans notre litige, à laquelle la commune de Charleville-Mézières avait concédé de manière exclusive le service extérieur. S'agissant de l'abus de position dominante, la Cour de justice s'est exprimée sur les trois conditions nécessaires : l'affectation du commerce entre les Etats membres, la caractérisation de la position dominante et celle de l'abus. Sur le premier point, elle a tenu à rappeler l'analyse de la Commission selon laquelle "*l'activité du groupe PFG ne pouvait avoir qu'une influence imperceptible sur les transactions entre les Etats membres*" ⁽¹²⁾. La Cour a donc recommandé au juge national de bien vérifier si cette activité avait pour effet de compartimenter le marché commun. Par la suite, la Cour d'appel de Paris a pu apprécier que l'activité de "*ce groupe concessionnaire n'avait qu'une influence imperceptible*" ⁽¹³⁾. La Cour de justice a pris également le soin de préciser que, pour déterminer la position dominante, le juge national devait rechercher la puissance économique du groupe en vérifiant sa situation dans les communes où il n'était pas concessionnaire. Enfin, il restait l'abus qui, en l'espèce, portait sur la pratique de prix excessifs par le groupe PFG. Ce dernier point est important : **la Cour de justice restitue à l'abus reproché le cadre choisi par les demandeurs : elle est saisie de questions préjudicielles sur la compatibilité de contrat de concession avec le Traité. Ce n'est pas la pratique de prix qui peut être stigmatisée en tant que telle, mais une clause du contrat de concession qui engendrerait des prix excessifs.** Elle demande donc au juge national de vérifier en quoi les communes auraient directement ou indirectement imposé des prix non équitables dans la conclusion des contrats de concession. L'abus pourrait alors consister dans le fait qu'"*elles se seraient abstenues de concéder le service extérieur aux entreprises si celles-ci n'acceptaient pas de pratiquer des prix particulièrement élevés*". Cet abus était improbable. Le juge national n'avait pas eu à se prononcer sur cet abus, dans la mesure où il avait préalablement retenu la non-affectation du marché commun. **A tous ces titres, on comprend pourquoi la SA De Memoris ne s'était pas hasardée à contester la validité du contrat de concession de la SA PFG au regard de l'article 82 CE.**

10. – Quant au **droit interne de la libre concurrence, son application aux contrats de concession de pompes funèbres a suscité un spectaculaire rebondissement avec l'arrêt Société Million et Marais** ⁽¹⁴⁾. Depuis l'adoption de l'ordonnance du 1er déc. 1986, la soumission aux règles de concurrence des activités des personnes publiques n'a cessé d'être débattue. L'article 53 avait pourtant bien étendu son domaine à toutes les activités de production, de distribution et de service, "*y compris celles qui sont le fait de personnes publiques*" ⁽¹⁵⁾. Mais le Tribunal des conflits avait considéré, à propos de l'organisation du

monopole du service extérieur des pompes funèbres, des conditions de prix contraires aux dispositions des articles 85 et 86".

¹² La Commission avait constaté que "*la situation de monopole ne se présente que dans environ 14% des communes françaises, le groupe en cause n'étant concessionnaire que dans deux tiers de celles-ci*", pt 23 de l'arrêt préc.

¹³ CA Paris, 26 avril 1989, Rev. conc. consom. 1989, n°50, p. 23, Petites affiches 22 déc. 1989, p. 13, Ch. Gavalda et G. Parléani

¹⁴ CE, 3 nov. 1997, Sté Million et Marais, req. n°169907, AJDA, p.1012 et p.945, D. Chauvaux et T.-X. Girardot, Basex, RFD adm. 1998, p.781.

¹⁵ Ainsi, l'activité de pompes funèbres est une activité de services et le fait que cette activité soit exercée par une personne publique ne la fait pas échapper à la compétence du Conseil, cf Cons. conc., déc. no 97-D-92, 16 déc. 1997, Régie municipale des pompes funèbres de Marseille, BOCCRF 28 févr. 1998, p. 97.

service public de la distribution des eaux de la ville de Pamiers, que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'était pas constitutif d'une activité de production, de distribution ou de service ⁽¹⁶⁾. Le Conseil d'Etat poursuivait, en toute quiétude, l'analyse excluant les actes administratifs de l'application de l'ordonnance de 1986 ⁽¹⁷⁾. En réaction le législateur avait ensuite enrichi cet article 53, par la loi n°95-127 du 8 février 1995, en ajoutant : "*notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*". Or, il faut ici rappeler la teneur de l'article 86 §.1 CE (ex-art. 90) aux termes duquel "*les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues aux articles 12 et 81 et 89 inclus*". **Le droit européen de la concurrence soumet l'activité normative aux exigences de la libre concurrence.** Le Conseil d'Etat l'a pleinement reconnu et a accepté de s'en faire juge ⁽¹⁸⁾. Dans l'arrêt rendu le 8 novembre 1996, il estime que le fait de créer une position dominante par l'octroi à une entreprise d'un droit exclusif au sens de l'ex-article 90 est incompatible avec l'ex-article 90 si le simple exercice de ce droit exclusif est constitutif d'un abus automatique ⁽¹⁹⁾. Il devenait difficile de justifier une analyse autonome sur le terrain du droit national de la libre concurrence. La divergence devenait trop flagrante. C'est d'ailleurs, pour "*traiter sur le même pied les règles nationales de la concurrence et celles issues du traité de Rome*", que le **Commissaire du gouvernement a suggéré de dégager une règle implicitement contenue dans l'ordonnance de 1986 qui viserait l'autorité publique, en parallèle des règles visant expressément les entreprises** ⁽²⁰⁾. "*Les deux approches reposent, selon le Commissaire, sur les mêmes principes et sont complémentaires, l'une à l'échelle du marché communautaire, l'autre à l'échelle du marché national*" ⁽²¹⁾.

11. – Ainsi, grâce à l'arrêt société Million et Marais, **la légalité d'un acte administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986.** Ladite ordonnance est entrée dans le bloc de contrôle de la légalité qu'exerce le Conseil d'Etat. Ceci invite le juge administratif à se créer une expertise dans la nouvelle légalité économique issue des règles de la concurrence, en corrélation avec l'analyse d'autres autorités ⁽²²⁾. Ce contrôle paraît d'autant plus opportun lorsque, en application de la théorie de l'abus automatique, un acte administratif place une entreprise dans une situation où celle-ci est nécessairement conduite à abuser de sa position dominante. Le Conseil d'Etat reconnaît dans

¹⁶ T.conf., 6 juin 1989, Ville de Pamiers, RFDadm. 1989, p.463.

¹⁷ CE, 23 juillet 1993, CGE, Leb., p.225, à propos de la délibération d'une commune confiant la gestion du service de distribution des eaux à la CGE ; CE, 29 juillet 1994, CAMIF, Leb., p.365, à propos d'un décret organisant le service des achats publics confié à la coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France.

¹⁸ F.-H. Briard, Lorsque l'Europe de la concurrence triomphe au Palais-Royal, D. 1997, p.281.

¹⁹ CE, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance, AJDA 1997, 204.

²⁰ J.-H. Stahl, Commissaire du gouvernement, L'application par le juge administratif de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, conclusions sur Conseil d'Etat, 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire, Sté Intermarbres, Sté Million et Marais, RFD adm. nov.-déc. 1997, p.1229, spéc., p.1234.

²¹ Il s'agit aussi, pour le Commissaire du gouvernement, de jeter les bases d'une évolution dans le contrôle du service public par laquelle s'ajouterait "*à la conception traditionnelle du service public, centrée sur l'usager, une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence*", *ibid.*

²² J.-Y. Chérot, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, AJDA 2000, p.687.

l'arrêt Million et Marais que l'acte administratif en lui-même, indépendamment du comportement ultérieur de l'entreprise, est susceptible d'avoir des incidences anticoncurrentielles. Il convenait dès lors de scruter certaines clauses réputées sensibles comme la durée du contrat et les tarifs. Après examen, le Conseil d'Etat les a jugées neutres en termes de concurrence. Or, il faut ici rappeler que la société Million et Marais reprochait au contrat de concession d'avoir créé, précisément au profit de la société des Pompes Funèbres Générales, une position dominante par le seul fait de lui avoir octroyé un droit exclusif. **Le Conseil d'Etat n'ayant pas décelé d'abus émanant de la société des Pompes Funèbres générales dans l'arrêt Million et Marais, on comprend pourquoi, dans notre espèce qui repose sur des contrats semblables avec la même société, il était vain de saisir le juge administratif pour apprécier la validité du contrat de concession au regard de l'article 8 de l'ordonnance de 1986** (devenu a. L.420-2 du Code de commerce). La Cour d'appel de Versailles constate qu'il ne lui est pas demandé "*de se prononcer sur la légalité des contrats ... et que cette légalité, d'ailleurs reconnue par les juridictions administratives compétentes pour d'autres contrats similaires sera tenue pour acquise*".

12.- L'arrêt Million et Marais aboutissait à la conclusion que les pratiques anticoncurrentielles, si elles devaient être vérifiées, étaient indépendantes de l'acte administratif litigieux, en l'occurrence le contrat de concession. En d'autres termes, **l'abus prétendu ne résultant pas de l'acte administratif, il appartenait au Conseil de la concurrence d'apprécier le comportement de l'entreprise concessionnaire, éventuellement aux juridictions saisies par les victimes pour obtenir réparation de leur préjudice**. C'est pourquoi il convenait, dans notre espèce, que le contrat de concession, en tant que tel, demeure opposable aux tiers.

B - L'opposabilité du contrat nonobstant sa prétendue exécution anticoncurrentielle

13. – L'opposabilité d'un contrat dont la validité est incontestée est un acquis, à un moment donné, qu'il convient de préserver. Il faut en laisser toutes les conséquences se développer. C'est l'enseignement que pose la Cour de cassation dans le présent arrêt. **En cela, elle refuse d'assimiler deux éléments de nature différente : le contrat illicite dans sa conclusion, d'une part, et la situation illicite issue de comportements anticoncurrentiels d'une entreprise dans l'exécution d'un contrat d'exclusivité, d'autre part**.

14. - La société De Memoris avait tenté de faire valoir devant la Cour d'appel de Versailles que les pratiques anticoncurrentielles de la SA PFG rendait illicite sa situation de concessionnaire et que, partant, elle était irrecevable à demander la protection d'une situation illicite. **La Cour d'appel avait déjà parfaitement opéré la distinction entre validité du contrat et comportement anticoncurrentiel dans l'exécution du contrat**. Elle déclare que "*les violations par la société SA Pompes Funèbres Générales du droit interne de la concurrence trouvent leurs sanctions dans les poursuites administratives qui peuvent être engagées contre celles-ci et dans les actions en responsabilité civile qui peuvent être engagées par les victimes de ces agissements, mais ne dispensent pas les tiers de respecter les contrats de concession exclusive dont elle se prévaut*". La société De Memoris avait persisté à

développer l'argument selon lequel PFG devait prouver exercer le monopole concédé en conformité avec le droit de la concurrence interne et communautaire. Mais la Cour de cassation reprend les mêmes termes que la cour d'appel et ajoute que celle-ci "*en a justement déduit que l'éventuelle mise en oeuvre par la PFG de pratiques prohibées par le droit de la concurrence, si elle peut justifier une éventuelle diminution des dommages-intérêts auxquels elle peut prétendre, ne constituait pas un cas d'irrecevabilité devant la juridiction du fond*".

15. – Cette dissociation entre validité du contrat et exécution illicite du contrat engendrant un comportement anticoncurrentiel a été récemment retenue par la Cour de justice ⁽²³⁾. En l'espèce, il s'agissait plus exactement de contrats bénéficiant d'une exemption. On sait que les transports internationaux maritimes font l'objet d'accords de coopération dénommés "conférences maritimes". La qualification d'entente illicite est patente, mais des règlements d'exemption successifs leur reconnaissent, dans une certaine mesure, le mérite de jouer un rôle stabilisateur en garantissant des charges fiables aux transporteurs et des services de transports réguliers, suffisants et efficaces dans le sens des intérêts des usagers. Mais l'exemption de ces accords sur le terrain des ententes illicites n'exclut pas l'application de l'abus de position dominante. Or, les types d'abus avaient trait à l'exécution de certaines clauses de l'accord en cause. **Dans cet arrêt, la Cour de justice stigmatise une exécution fautive de ces clauses.** D'abord, il était reproché de déroger aux tarifs normalement établis et, par des prix prédateurs, de pratiquer la technique des "*navires de combat*" face à un seul concurrent. Ensuite, il était reproché une mise en oeuvre excessive de la clause d'exclusivité en l'imposant à ses partenaires à 100% alors que la conférence détenait déjà 90% du marché face à un seul concurrent. Il convient donc de faire le départ entre la validité du contrat et le comportement du contractant qui pousse à l'excès sa position contractuelle. **La reconnaissance de la validité du contrat ou de son exemption n'exclut pas que des poursuites soit ultérieurement engagées à l'encontre d'un cocontractant, pour cause de comportement anticoncurrentiel du fait de l'exécution excessive du contrat.**

16. - Il se dégage ainsi une articulation intéressante du droit de la concurrence et du droit commun du contrat sur la question de l'opposabilité du contrat. Cette opposabilité aux tiers est préservée dès lors que la validité n'est pas contestée. Les défendeurs à une action en concurrence déloyale ne peuvent pas soulever une cause d'irrecevabilité en prétextant des pratiques anticoncurrentielles. **La Cour de cassation adopte une solution de clarification procédurale. Elle invite à scinder les contentieux. Par là-même, elle restitue au contrat son plein effet à l'égard des tiers** ⁽²⁴⁾. Il était habituel jusqu'alors de souligner combien le droit de la libre concurrence était une source de perturbation pour le contrat ⁽²⁵⁾. Il

²³ CJCE, 16 mars 2000, Europe mai 2000, n°143, L. Idot, Contrats-conc.-consom. juillet 2000, n°113, S. Poillot-Perruzzetto, JDI 2001-2, C. Prieto.

²⁴ Pour une définition de l'opposabilité, cf N. Rontchevsky, L'effet de l'obligation, préf. A. Ghozi, *Economica* 1998, n°155.

²⁵ F. Dreifuss-Netter, Droit de la concurrence et droit des obligations, RTDCiv. 1990, p.369. N. Decoopman, Droit du marché et droit des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'association H. Capitant, Lille 1996, LGDJ 1997 ; B. Oppetit, La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, Rev. sc. morales et politiques 1995, p.241 ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, D. 1995, chron, p.51 ; B. Fages et J. Mestre, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, in L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations, RTDcom. 1998, p.71 ; V° aussi N. Rontchevsky, préc., n°390, dans le sens d'une "*entorse considérable au principe traditionnel de la sécurité contractuelle*".

est donc opportun de souligner qu'il peut aussi lui préserver tout son lustre. L'action en concurrence déloyale n'est pas irrecevable. Pour autant, les comportements anticoncurrentiels n'échapperont pas à la condamnation. Mais ils seront sanctionnés indépendamment de l'instance relative à la concurrence déloyale.

17 . – **La solution dans le présent arrêt préserve ainsi le respect de la libre concurrence.** Elle permet d'envisager que la société Pompes Funèbres Générales soit condamnée, parallèlement, pour comportement abusif dans l'exercice de sa position contractuelle tenant à une exclusivité du service extérieur valablement concédée par plusieurs communes du Val d'Oise. De fait, elle l'a été à la suite d'une plainte déposée, précisément par la société De Memoris. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris, qui avait elle-même confirmé la décision du Conseil de la concurrence. **Le Conseil avait condamné la société Pompes Funèbres Générales** pour avoir permis "*la confusion dans l'esprit du public de l'activité de la chambre funéraire municipale de Gonesse, dont elle était concessionnaire exclusif, et de ses activités de prestataire du service libre exercées dans des locaux commerciaux installés à l'intérieur du funérarium, en incitant les familles, par une information insuffisante, à choisir des prestations plus onéreuses, en réservant un traitement discriminatoire aux entreprises de pompes funèbres concurrentes à l'occasion de leur accès à l'intérieur du funérarium de Gonesse, en insérant, dans les contrats de mandat signés avec plusieurs commerçants du département du Val-d'Oise, des clauses de non-concurrence leur interdisant de s'établir comme entrepreneur de pompes funèbres à l'issue du contrat, dans le but de limiter l'accès au marché de concurrents potentiels, en élaborant une tarification des prestations de marbrerie exécutées pour son compte en sous-traitance par les entreprises d'un groupement de marbriers du nom de GMR 95*"⁽²⁶⁾. Dans d'autres affaires, les sociétés du groupe Pompes Funèbres Générales ont été à plusieurs reprises condamnées pour abus de position dominante dans l'exercice de leur concession exclusive, sans que la validité des contrats de concession soit remise en cause. Ce fut le cas à propos d'informations à l'entrée d'une maison funéraire dont la présentation était de nature à créer la confusion dans l'esprit de la clientèle potentielle entre les activités pour lesquelles la société mise en cause détenait un monopole et celles pour lesquelles elle était en concurrence avec d'autres opérateurs ⁽²⁷⁾. Ce

²⁶ Cass. com., 9 mai 2001, BOCCRF 23 juin 2001, relatif au pourvoi formé par la société Groupement d'entreprises de services (anciennement PFG) contre un arrêt rendu le 27 octobre 1998 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre civile, section H), BOCCRF nov. 1998, concernant le recours formé par la société Marbreries Lescarcelle, l'Union nationale des entreprises de services funéraires, la société de Memoris et la société Marbreries Régis et fils, contre une décision n° 1997-D-76 du Conseil de la concurrence en date du 21 octobre 1997, BOCCRF janv. 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres à Gonesse et dans les communes limitrophes et dans le secteur de la marbrerie funéraire dans le département du Val-d'Oise.

²⁷ Cons. conc., déc. 6 déc. 2000, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société PFG (nouvellement OGF) dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Seine maritime, BOCCRF, n°14 du 30 déc. 2000, <http://>

Il faut rappeler que, depuis la loi du 8 janvier 1993, la gestion des chambres funéraires fait partie intégrante du service extérieur (art. L 2223-19 du code général des collectivités territoriales). Leur création ou leur extension est autorisée par décision préfectorale après avis du conseil municipal (décret n° 94-1024 du 23 novembre 1994). L'autorisation ne peut être refusée qu'en cas d'atteinte à l'ordre public ou de danger pour la salubrité publique. L'article 2223-38 du code général des collectivités territoriales (art. L 361-19 ancien du code des communes) précise que les locaux où l'entreprise gestionnaire de la chambre funéraire offre les autres prestations relevant du service extérieur doivent être distincts de ceux abritant la chambre funéraire.

fut le cas, encore, à propos d'une affichette apposée sur la vitrine d'une agence, dont l'énoncé était de nature à dissuader la clientèle de s'adresser à la concurrence (²⁸).

18. - Il n'en demeure pas moins que l'issue de telles poursuites ne doit ni suspendre, ni neutraliser l'examen du bien-fondé d'une action en concurrence déloyale. C'était le cas de l'action introduite par la société Pompes Funèbres Générales contre la société De Memoris, qui était ainsi appelée à prospérer.

II – LE BIEN-FONDE AMBIVALENT DE LA CONDAMNATION EN CONCURRENCE DELOYALE

19. – Pour dégager une violation de l'exclusivité concédée, il fallait s'entendre sur les véritables faits reprochés et les rapporter au contenu du monopole légal (A). Les éléments de preuve retenus prêtent à discussion. Ensuite, se posait la question du mode de calcul de la réparation (B). A cet égard, les éléments chiffrés paraissent beaucoup plus solides.

A – La violation du service extérieur concédé : des preuves à caractère flou

20. – La société De Memoris tentait de faire valoir qu'elle n'avait fait que participer à des convois funéraires. En d'autres termes **elle n'avait fait que fournir des "véhicules suiveurs ou porteurs de fleurs"**. **Elle n'avait pas organisé les convois** et n'était donc pas intervenue dans le domaine du service extérieur. Il faut rappeler ici que l'article L.362-6 du code des communes, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 93-23 du 8 janvier de 1993, visait non seulement "*la fourniture du corbillard*", mais aussi celle des "*voitures de deuil*". La loi du 8 janvier 1993, qui a étendu ensuite le domaine du service extérieur, a visé expressément "*l'organisation des obsèques*", ce qui était déjà implicitement compris dans la législation antérieure, notamment parce qu'on ne peut pas organiser des convois sans véhicules funéraires.

21. - La Cour d'appel de Versailles n'entre pas dans une discussion relative à la distinction entre "*voitures de deuil*" et "*véhicules suiveurs ou porteurs de fleurs*". Il était permis de s'interroger sur le point de savoir si les véhicules porteurs de fleurs entraînent dans le domaine du service libre qui comprend notamment la livraison de fleurs. Elle n'évoque même pas ces faits et choisit un tout autre terrain pour caractériser la violation du service extérieur

²⁸ C.com., 16 janvier 2001, relatif au pourvoi contre l'arrêt rendu le 12 mai 1998 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre civile, section H), relatif au recours formé par la société Groupement d'entreprises de services (GES) contre une décision n° 1997-D-27 du Conseil de la concurrence en date du 28 avril 1997 concernant des pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Seine-Saint-Denis

concéder. La Cour de cassation constate ensuite, pour approuver les juges du fond et rejeter le pourvoi de la société De Memoris, que **la condamnation ne repose pas sur ces faits**.

22. – Les faits pris en compte concernent **la fermeture du cercueil et le transport du corps après mise en bière, ce qui entre spécialement dans la définition du service extérieur avant et après 1993**. La Cour d'appel de Versailles retient pour chaque infraction une attestation de la mairie ou des services de police de la commune de mise en bière. Comme ces documents émanent de plusieurs services municipaux et de plusieurs services de police, elle en déduit qu'il faut les tenir pour probants dans la mesure où une collusion entre eux n'est pas concevable. Ces documents révèlent que **la SA De Memoris a demandé aux services municipaux l'autorisation de fermeture de cercueil et de transport, en invoquant la dérogation introduite par la loi n°86-29 du 9 janvier 1986** à l'article L. 362-4-1 du code des communes. Or, les conditions d'application de cette dérogation n'étaient pas réunies selon elle. Elle en déduit que "*ces documents établissent donc bien que les prestations fournies par la SA De Memoris concernaient les services extérieurs des pompes funèbres*". La Cour de cassation ne fait que reprendre mot pour mot cette argumentation. La Cour de Versailles conclut ensuite : "*la SA Pompes Funèbres Générales démontre en conséquence que la SA De Memoris a commis des violations aux cinq contrats de concession au nombre de 72 au cours de l'année 1992 et au nombre de 155 au cours de l'année 1993*".

23. – Pour autant, **on ne dispose d'aucune précision sur les conditions défaillantes**. Mais il est permis de supposer que la société De Memoris a demandé, sans lieu d'être, le bénéfice de la dérogation aux règles du service extérieur, dans une hypothèse où la commune de mise en bière était bien celle du défunt ou celle du lieu d'inhumation. En effet, il a été mentionné plus haut que le législateur de 1986 avait voulu donner une certaine liberté économique aux familles dans la mesure où les décès, notamment en milieu hospitalier, ne se produisaient pas dans les communes du domicile des défunts ou dans celles des lieux d'inhumation ⁽²⁹⁾. Encore fallait-il répondre aux conditions énoncées pour la dérogation au monopole. Bien que la loi n°93-23 du 8 janvier 1993 ait supprimé le monopole communal, on sait qu'une période de transition de 3 ans a été aménagée par le législateur. Les faits survenus en 1993, comme ceux survenus en 1992, étaient donc bien soumis, eux aussi, à l'application des normes posées en 1986. Il aurait été toutefois opportun de bien caractériser les conditions défaillantes.

24. - En outre, des doutes peuvent surgir : **le fait pour une entreprise de demander une autorisation ne signifie pas que celle-ci va agir**. Cet attendu de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles n'est peut-être pas le plus convaincant. Il faut alors supposer que la preuve des violations réside surtout dans la confrontation entre les actes de décès et les attestations des services municipaux qui devaient mentionner les prestations effectivement réalisées.

B – Le mode de calcul de la réparation : des preuves comptables exemplaires

²⁹ cf supra n°5.

25. – La Cour d'appel de Versailles constate que la SA Pompes Funèbres Générales **ne demande pas une indemnité forfaitaire, mais la réparation de son préjudice véritable. Le mode de calcul de la demanderesse ne reprend pas les chiffres de chaque dossier.** Mais il paraît pourtant convaincant aux juges du fond. Il se fonde sur **le montant moyen d'une prestation de service extérieur qui est évaluée à 9.000 francs par la demanderesse, dont sont finalement retenus 1.500 francs au titre de la marge brute. La Cour de Versailles calcule ainsi le préjudice total de la manière suivante : 1500 x 227 infractions (72 + 155), soit 340 500 francs.** La Cour de cassation se contente de relever que la cour d'appel a bien déterminé le préjudice subi et a légalement justifié sa décision.

26. – La mention de ces précisions chiffrées est intéressante, mais elle ne reflète pas nécessairement la pratique décisionnelle. Elle doit être rapprochée de certains points d'une enquête sur le rôle de la perte de clientèle dans la jurisprudence relative à la concurrence déloyale ⁽³⁰⁾. **Le constat est fait que trop souvent le juge ne dispose pas de justificatifs comptables pour avoir des éléments d'appréciation suffisants. Le silence observé par le juge sur le mode de calcul de la réparation accreditte l'idée d'un "effacement de la clientèle"** ⁽³¹⁾. Mais, lorsque des éléments chiffrés sont fournis, la perte de la marge est le mode normal de calcul, dans l'enquête comme en l'espèce, ce qui renvoie à une perte de clientèle. La perte de la marge peut être appréhendée sur un mode unitaire ou global, voire en proportion du chiffre d'affaires. En l'espèce, il s'agit d'une moyenne du coût habituel de la prestation. De manière générale, la carence déplorée est assurément imputable, en partie, aux avocats qui ne font pas suffisamment d'efforts pour aider le juge dans la détermination du montant réel du dommage ⁽³²⁾. Dès lors, pour certains auteurs, il serait seulement souhaitable d'appeler à plus de rigueur et de clarté ⁽³³⁾. Mais on peut aussi déplorer le caractère peu dissuasif d'une telle situation et attendre une forte évolution ⁽³⁴⁾. **Le recours à la solution de l'amende civile et/ou aux "dommages punitifs" est certainement attractif. Mais l'introduction de tels mécanismes dans notre système juridique est vivement débattue** ⁽³⁵⁾. L'attrait du caractère dissuasif du droit américain de la concurrence, au nom de l'efficacité, est indéniable. Mais son architecture d'ensemble est très complexe et le risque de "contre-sens", dans des transpositions hâtives, n'est pas négligeable ⁽³⁶⁾. L'amende civile

³⁰ Cl. ALEXandre-Caselli et Z. Bedidi-Ouadah, La concurrence déloyale et l'effacement de la clientèle, Compte rendu d'une analyse jurisprudentielle, in Clientèle et concurrence, Approche juridique du marché, dir. Y. Chaput, CREDA, Litec 2000, p.109, not. n°180.

³¹ Comp. M. Malaurie-Vignal, Le dommage concurrentiel : étude de cas, Petites affiches 19 octobre 2001, p.9

³² Pour le point de vue du juge consulaire, cf M. Toporkoff, Table ronde "Concurrence déloyale : amende civile ou dommages punitifs", in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Colloque organisé par le CREDA le 6 déc. 2000, Gaz. Pal. 10 nov. 2001, p.71 ; pour le point de vue de l'avocat, cf C. Colombier, p.73.

³³ Y. Serra, Rapport introductif, Concurrence déloyale : permanence et devenir, Colloque Perpignan 13 et 14 oct. 2000.

³⁴ A. Ronzano, *ibid*, p.68 ; A. Blanchot, p.66.

³⁵ Pour une synthèse, cf D. Fasquelle, Exposé introductif, *ibid*, préc., p. 51. V° aussi le colloque annoncé le 21 mars 2002 par le CEDAG-Paris V, "Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? (A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage)".

³⁶ D.A. Valentine, General Counsel, US Federal Trade Commission, in Table ronde, préc., p.63 ; et surtout D. Wood, p.72.

présente moins de difficulté, pour son emploi en droit de la concurrence, que les dommages punitifs. Ceux-ci sont en effet susceptibles, par leur ampleur au regard du préjudice véritable, d'attribuer à la victime un avantage concurrentiel perturbant le jeu du marché par une "sur-réparation" (³⁷).

27. – L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, s'il peut ne pas convaincre pleinement sur les moyens de preuve de la violation, est en tout cas exemplaire en termes de motivation de la réparation. Les conseillers s'en sont tenus à la seule demande de réparation. La SA Pompes Funèbres Générales demandait, en plus, la cessation des pratiques violant les contrats de concession exclusive, sous astreinte de 10.000 francs par infraction constatée. Mais la Cour d'appel statue le 14 janvier 1999. Elle déclare que la SA Pompes Funèbres Générales ne démontre pas bénéficier de contrats de concession en cours de validité. En effet, la période de transition est expirée à cette date. Le monopole communal est bien mort.

³⁷ A. Ronzano, préc. ; A. Blanchot, préc.