



**Décision n° 11-D-10 du 6 juillet 2011
relative au respect, par la ville de Marseille, des engagements
pris dans la décision du Conseil de la concurrence
n° [08-D-34](#) du 22 décembre 2008**

L'Autorité de la concurrence (Section II),

Vu la lettre, enregistrée le 3 mars 2010 sous le numéro 10/0020 R, par laquelle la société OGF a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la ville de Marseille, relatives au non-respect des engagements pris devant le Conseil de la concurrence et rendus obligatoires par la décision n° [08-D-34](#) du 22 décembre 2008 ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société OGF, la ville de Marseille et le commissaire du Gouvernement.

Le rapporteur, le rapporteur général, les représentants de la société OGF et de la ville de Marseille ainsi que le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 8 juin 2011 ;

Adopte la décision suivante :

SOMMAIRE

I. La procédure.....	3
A. LA DÉCISION N° 08-D-34 DU 22 DÉCEMBRE 2008.....	3
B. LA PRÉSENTE PROCÉDURE.....	4
II. Sur le respect des engagements.....	5
A. SUR L'EXÉCUTION DU PREMIER ENGAGEMENT.....	5
1. CONSTATATIONS.....	5
2. DISCUSSION.....	6
B. SUR L'EXÉCUTION DU TROISIÈME ENGAGEMENT.....	7
1. CONSTATATIONS.....	8
2. DISCUSSION.....	8
C. SUR L'EXÉCUTION DU DEUXIÈME ENGAGEMENT.....	8
1. CONSTATATIONS.....	8
a) Sur la communication de statistiques pour les mois de janvier à mars 2009	9
b) Sur la communication de statistiques pour les mois d'avril à novembre 2009	9
.....	9
2. DISCUSSION.....	10
a) Arguments des parties.....	10
b) Sur l'absence de respect de l'engagement.....	11
c) Sur la réponse aux arguments présentés par la ville de Marseille.....	12
III. Sur la détermination de la sanction.....	13
DÉCISION.....	14

I. La procédure

1. Par lettre du 3 mars 2010, la société OGF a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, au motif que la ville de Marseille n'aurait pas respecté certains engagements rendus obligatoires par la décision n° [08-D-34](#) du Conseil de la concurrence, du 22 décembre 2008, sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans le but de mettre un terme à des « *préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce* ».

A. LA DÉCISION N° 08-D-34 DU 22 DÉCEMBRE 2008

2. Par lettre enregistrée le 1^{er} octobre 2007, sous le numéro 07/0068 F, le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Marseille. Au cours de l'instruction, il a été décidé de recourir à la procédure d'engagements prévue au I de l'article L. 462-4 du code de commerce.
3. Par lettre du 21 juillet 2008, le rapporteur a fait part à la ville de Marseille des préoccupations de concurrence que son comportement suscitait. En particulier, il estimait que certaines correspondances adressées à des établissements de soins ou de séjour par le conseiller municipal délégué aux opérations funéraires, dans le but d'assurer une part de marché suffisante à la régie municipale des pompes funèbres, pouvaient, en raison de la confusion entretenue dans lesdites correspondances entre la ville de Marseille, autorité publique, et ladite régie, opérateur économique, notamment par l'usage de papier à en-tête de la mairie, fausser la concurrence en exerçant une pression sur lesdits établissements pour qu'ils influencent le choix des familles, leur portant ainsi préjudice.
4. Le rapporteur précisait que la concurrence avait pu d'autant plus être faussée que cette régie utilisait, au nom de la ville, des statistiques qu'elle était seule à détenir sur le marché et qui détaillaient les parts de marché des entreprises concurrentes. À cet égard, en elle-même, la détention exclusive, par cette même régie, d'informations sur l'activité commerciale de ses concurrents pour chaque établissement de soins ou de séjour, fournies par le service des affaires juridiques et de la réglementation de la ville qui recense les décès et leurs modalités de traitement dans le cadre des activités de police municipale, suscitait également des préoccupations de concurrence.
5. Pour répondre auxdites préoccupations, la ville de Marseille a proposé des engagements. L'association Respect et OGF ont formulé des observations à la suite de la publication desdits engagements, conformément aux dispositions de l'article R. 464-2 du code de commerce.
6. Lors de la séance du 28 octobre 2008, la ville de Marseille a modifié les engagements proposés pour répondre de manière plus complète aux préoccupations exprimées par le Conseil de la concurrence.

7. Par sa décision n° [08-D-34](#), le Conseil de la concurrence a accepté les engagements ainsi notifiés, les a rendus obligatoires à compter de la date de notification de la décision et a clos la procédure n° 07/0068 F.

8. Les engagements souscrits par la ville de Marseille sont repris au point 33 de cette décision :

« *Engagement n° 1 :*

‘Le service des Affaires juridiques et de la Réglementation, chargé d’établir les statistiques liées à l’activité funéraire, sera directement rattaché à la Direction des Opérations Funéraires, et non plus au service des Cimetières. Le directeur des opérations funéraires n’exercera pas de fonction au sein de la régie, laquelle est un service industriel et commercial. Cette nouvelle organisation séparera la régie et le service de la Réglementation, et ne lui permettra plus de disposer des statistiques portant sur les activités des autres entreprises de pompes funèbres (cf. engagement n° 2)’

Engagement n° 2 :

‘Toute entreprise de pompes funèbres pourra obtenir, sur demande adressée au service des affaires juridiques et de la réglementation, le nombre global de décès et d’inhumations réalisés dans la ville de Marseille, et le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour. Aucune donnée portant sur l’activité d’un opérateur ne peut être fournie à un autre opérateur. Les réponses sont apportées par correspondance écrite envoyée à l’adresse du demandeur’

Engagement n° 3 :

‘Toute correspondance adressée par la régie aux établissements de soins et de séjour sera signée par un fonctionnaire et non par un élu et ne pourra contenir aucune pression visant à ce qu’il soit recouru à ses services. En particulier, ces correspondances ne se réclameront pas de l’autorité municipale. Les correspondances de la régie auxdits établissements porteront uniquement sur ses services, ses tarifs et sur son activité globale dans la ville de Marseille ou son agglomération’ ».

9. En outre, au cours de la séance, la ville de Marseille a indiqué que le processus de réorganisation de la direction des opérations funéraires était d’ores et déjà entrepris et qu’elle communiquerait la délibération de son conseil municipal répondant au premier engagement (décision n° [08-D-34](#), point 35). Par lettre du 21 février 2009, la ville de Marseille a communiqué au Conseil de la concurrence la délibération en date du 9 février 2009, portant modification de l’organigramme de la direction des opérations funéraires (ci-après la « délibération » ; cotes 59 et 60).

10. Par lettre du 16 février 2010, l’Autorité de la concurrence a demandé à la ville de Marseille la communication des éléments concernant l’exécution des deuxième et troisième engagements. Cette lettre est demeurée sans réponse.

B. LA PRÉSENTE PROCÉDURE

11. Par sa saisine, OGF fait valoir que la ville de Marseille a méconnu le deuxième engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34 et, dès lors, s’interroge également sur les conditions dans lesquelles les premier et troisième engagements ont été mis en œuvre (cotes 1 à 38).

12. Conformément aux dispositions de l'article R. 464-9 du code de commerce, un rapport des services d'instruction a été notifié à la ville de Marseille, à OGF et au commissaire du Gouvernement (cotes 133 à 152). Le rapport conclut que, en communiquant à OGF des données relatives à l'activité d'un autre opérateur de pompes funèbres, en l'occurrence la régie municipale des pompes funèbres, et en ne fournissant pas les données visées par le deuxième engagement alors qu'elles avaient été demandées par OGF, la ville de Marseille a méconnu l'engagement qu'elle avait souscrit.

II. Sur le respect des engagements

A. SUR L'EXÉCUTION DU PREMIER ENGAGEMENT

1. CONSTATATIONS

13. Le premier engagement prévoit, en premier lieu, que le service des affaires juridiques et de la réglementation de la ville de Marseille, chargé d'établir les statistiques liées à l'activité funéraire et jusqu'alors rattaché au service des cimetières, est désormais directement rattaché à la direction des opérations funéraires. En second lieu, il précise que le directeur des opérations funéraires n'exerce pas de fonction au sein de la régie municipale des pompes funèbres, laquelle est un service industriel et commercial. Cette nouvelle organisation doit conduire, d'une part, à séparer ladite régie du service de la réglementation et, d'autre part, à ne plus permettre à cette régie de disposer des statistiques portant sur les activités d'autres entreprises de pompes funèbres.
14. Premièrement, s'agissant du rattachement du service des affaires juridiques et de la réglementation à la direction des opérations funéraires, il ressort de la délibération précitée que le conseil municipal de la ville de Marseille a approuvé le rattachement du service des affaires juridiques et de la réglementation à la direction des opérations funéraires. Les motifs de cette délibération font apparaître que ledit rattachement fonctionnel a été proposé afin de tenir compte de la décision n° [08-D-34](#).
15. Lors de l'audition du 19 juillet 2010, l'actuel directeur des opérations funéraires a ainsi décrit la réorganisation des services placés sous sa responsabilité en application de la délibération (cote 69) :

« Suite à cette délibération, il y a eu réorganisation au niveau de la direction des opérations funéraires [...]. Ce rattachement a entraîné une réorganisation de la [direction des opérations funéraires] qui s'est étalée sur 12 mois, en raison des règles statutaires applicables au recrutement des personnels. À cette fin, au sein de la direction des cimetières, un directeur des cimetières et un adjoint au directeur ont été nommés, alors que le poste de directeur n'était pas pourvu depuis 6 ans et que le poste d'adjoint est une création de poste. Au sein de la régie municipale des pompes funèbres, j'ai créé un poste d'adjoint à la directrice [...]. Quant au service des affaires juridiques et de la réglementation, il a été rattaché, conformément à la délibération du conseil municipal, au directeur des opérations funéraires. Une fois par semaine, j'organise une réunion des directeurs de services aux fins exclusivement des besoins du fonctionnement de la

[direction des opérations funéraires] *et de la transmission des informations émanant du secrétariat général de la ville* ».

16. Deuxièmement, s'agissant des fonctions exercées par le directeur des opérations funéraires au sein de la régie municipale des pompes funèbres, il y a lieu de rappeler que, à une certaine période et ainsi qu'il ressort de la décision n° [08-D-34](#) (points 11 et 28), la même personne a cumulé les fonctions de directeur des opérations funéraires et de directeur général adjoint de ladite régie, ce qui avait notamment facilité l'obtention par cette régie de statistiques provenant du service des affaires juridiques et de la réglementation et avait permis de nourrir les courriers parfois assortis de pressions évoquant l'ouverture de contentieux en cause dans l'affaire n° 07/0068 F.
17. A cet égard, il apparaît tout d'abord que, par arrêté du 7 juin 1999 (cote 73), le maire de Marseille a nommé une directrice de la régie municipale des pompes funèbres. Ensuite, depuis le prononcé de la décision n° [08-D-34](#), le directeur des opérations funéraires a nommé un adjoint à ladite directrice, ainsi qu'il ressort du paragraphe 15 de la présente décision. Enfin, la ville de Marseille a communiqué un organigramme illustrant la nouvelle organisation de la direction des opérations funéraires duquel il ressort que le directeur des opérations funéraires n'exerce pas de fonction opérationnelle dans cette même régie (cote 202).
18. Troisièmement, quant à l'objectif poursuivi par cette nouvelle organisation visant à ne plus permettre à la régie municipale des pompes funèbres de disposer des statistiques portant sur les activités d'autres entreprises de pompes funèbres, le directeur des opérations funéraires a déclaré, lors de l'audition du 19 juillet 2010, que « [d]epuis [son] arrivée et jusqu'à aujourd'hui, aucune donnée statistique n'a été transmise à la régie à l'initiative de la [direction des opérations funéraires] » et que « [ladite régie] n'a pas non plus demandé à obtenir de telles statistiques » (cote 70).

2. DISCUSSION

19. Au stade du rapport, les services d'instruction ont estimé qu'aucun des éléments recueillis ne permettait de considérer que la ville de Marseille a méconnu le premier engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34 (cote 141).
20. OGF prend acte de la séparation organique mise en œuvre par la ville de Marseille entre le service des affaires juridiques et de la réglementation et la régie municipale des pompes funèbres. Elle s'interroge néanmoins sur les éléments d'informations échangés lors des réunions de services hebdomadaires organisées par le directeur des opérations funéraires et considère que la seule explication à l'absence de communication écrite entre ledit service et ladite régie réside dans le fait que des données statistiques sont communiquées à cette dernière lors de ces réunions (cote 166).
21. La ville de Marseille souligne que, en vue de la réformation profonde et totale de la direction des opérations funéraires, elle a adopté une délibération relative à cette restructuration. Outre cette délibération, elle fait valoir qu'elle a procédé à plusieurs recrutements et que la réorganisation totale du service s'est étalée sur une période de 12 mois afin d'assurer le respect des dispositions statutaires applicables. Aussi, grâce à cette nouvelle organisation, la régie municipale des pompes funèbres ne serait plus en mesure d'obtenir des informations statistiques que les autres opérateurs ne seraient pas à même d'obtenir (cotes 179 à 181).

22. Tout d'abord, le premier engagement a prévu le rattachement du service juridique et de la réglementation à la direction des opérations funéraires, et non plus au service des cimetières. Or, eu égard à la rédaction de cet engagement, il faut considérer que ce rattachement est intervenu à la suite de l'adoption de ladite délibération, le 9 février 2009, prise environ un mois après le prononcé de la décision n° [08-D-34](#) et dont l'adoption avait été annoncée par la ville de Marseille lors de la séance du 28 octobre 2008.
23. Ensuite, quant à l'interdiction pour le directeur des opérations funéraires d'exercer une fonction au sein de la régie municipale des pompes funèbres, telle que visée par le premier engagement, il ressort du dossier que, si la régie continue de dépendre de la direction des opérations funéraires, le directeur des opérations funéraires n'exerce désormais aucune fonction opérationnelle au sein de cette régie, au moins depuis la notification de la décision n° [08-D-34](#) à la ville de Marseille, ce qui découle également de l'organigramme produit par la ville de Marseille (cotes 90 et 202).
24. S'agissant des recrutements évoqués par le directeur des opérations funéraires lors de son audition, à savoir ceux d'un directeur et d'un adjoint au directeur au sein du service des cimetières, ils n'apparaissent pas nécessaires au rattachement du service juridique et de la réglementation à la direction des opérations funéraires. Ces recrutements permettent seulement de clarifier la répartition des responsabilités au sein des services de la direction des opérations funéraires. En effet, antérieurement à la décision du Conseil de la concurrence, en l'absence de titulaire, la direction du service des cimetières était assurée, *de facto*, par l'ancien directeur des opérations funéraires, qui assumait également les fonctions de directeur général adjoint de la régie municipale des pompes funèbres.
25. Enfin, dans la mesure où OGF a émis des doutes au sujet du contenu des réunions hebdomadaires organisées par le directeur des opérations funéraires, il convient de relever qu'il ne ressort pas du premier engagement que ledit directeur ne peut pas organiser des réunions de services. En revanche, il découle de cet engagement que l'absence de communication de données statistiques à ladite régie doit résulter, d'une part, du rattachement du service des affaires juridiques et de la réglementation à la direction des opérations funéraires et, d'autre part, de la cessation de toute fonction du directeur des opérations funéraires au sein de cette régie, mesures qui ont toutes deux été mises en œuvre en l'espèce. Au surplus, aucun élément du dossier ne conduit à remettre en cause l'affirmation du directeur des opérations funéraires, exprimée lors de l'audition du 19 juillet 2010, selon laquelle aucune donnée statistique n'a été transmise à la régie et OGF ne rapporte aucun élément nouveau au soutien de ses interrogations.
26. Au regard des éléments qui précèdent, la ville de Marseille ne peut être regardée comme ayant méconnu le premier engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34.

B. SUR L'EXÉCUTION DU TROISIÈME ENGAGEMENT

27. Le troisième engagement prévoit que toute correspondance adressée par la régie municipale des pompes funèbres aux établissements de soins ou de séjour sera signée par un fonctionnaire et non par un élu et ne pourra contenir aucune pression visant à ce qu'il soit recouru aux services de ladite régie. En particulier, ces correspondances ne devront pas se réclamer de l'autorité municipale et devront porter uniquement sur les services, les tarifs et sur l'activité globale de cette régie dans la ville de Marseille ou son agglomération.

1. CONSTATATIONS

28. Lors de l'audition du 19 juillet 2010, le directeur des opérations funéraires de la ville de Marseille a déclaré que, depuis sa prise de fonctions, « *aucun courrier [visé par le troisième engagement] n'a été adressé aux établissements de soins ou de séjour hors convention R. 2223-90 du code général des collectivités territoriales qui prévoit que 'les établissements de santé publics ou privés doivent disposer au moins d'une chambre mortuaire dès lors qu'ils enregistrent un nombre moyen annuel de décès au moins égal à 200'. Dans ce cas, des conventions peuvent être signées* » (cote 71).
29. Sollicités à cet égard, les directeurs de certains établissements de soins ou de séjour qui avaient reçu les correspondances en cause dans la décision n° 08-D-34, parfois assorties de pressions évoquant l'ouverture de contentieux, ont déclaré n'avoir plus reçu de telles correspondances postérieurement à ladite décision (cotes 114 à 129).

2. DISCUSSION

30. Au stade du rapport, les services d'instruction ont estimé qu'aucun des éléments recueillis ne permettait de considérer que la ville de Marseille a méconnu le troisième engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34 (cote 147).
31. OGF prend acte de ce que la ville de Marseille a cessé d'adresser des courriers faisant pression sur les établissements de soins ou de séjour de Marseille. Elle relève néanmoins que la ville de Marseille n'a communiqué aucun exemple de courriers et conventions adressés à certains de ces établissements, de sorte qu'il n'est pas possible de vérifier si ces correspondances ont été signées par un fonctionnaire de ladite ville et non par un élu (cotes 167 et 168).
32. La ville de Marseille fait valoir que, à la suite de la décision n° 08-D-34, elle a décidé de ne plus adresser de correspondances aux différents établissements de soins ou de séjour, même pour user des possibilités offertes par le troisième engagement de décrire notamment ses services et ses tarifs (cote 182).
33. Dans la mesure où aucun élément du dossier ne fait apparaître que la ville de Marseille a adressé des correspondances visées par le troisième engagement, la ville de Marseille ne peut être regardée comme ayant méconnu l'engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34.

C. SUR L'EXÉCUTION DU DEUXIÈME ENGAGEMENT

1. CONSTATATIONS

34. Le deuxième engagement prévoit, tout d'abord, que toute entreprise de pompes funèbres pourra obtenir, sur demande adressée au service des affaires juridiques et de la réglementation, le nombre global de décès et d'inhumations réalisés dans la ville de Marseille ainsi que le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour. Ensuite, il impose à la ville de Marseille de ne fournir aucune donnée portant sur l'activité d'un opérateur à un autre opérateur. Enfin, il précise que les réponses sont apportées par correspondance écrite envoyée à l'adresse du demandeur.

a) Sur la communication de statistiques pour les mois de janvier à mars 2009

35. Par courrier du 20 avril 2009, l'établissement Pincédé, opérateur de pompes funèbres à Marseille appartenant à OGF (ci-après « OGF-Pincédé »), a demandé au directeur du service des affaires juridiques et de la réglementation de la ville de Marseille la communication, chaque mois, des « *informations complètes concernant le nombre global de décès, d'inhumations et de crémations réalisés dans la ville de Marseille, ainsi que le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour* » (cote 30).
36. La ville de Marseille a répondu, par lettre du conseiller municipal délégué aux opérations funéraires et aux cimetières du 26 mai 2009 (cote 32), et a adressé à OGF-Pincédé « *un tableau statistique pour le premier trimestre [de l'année 2009] concernant le nombre de décès recensés à partir des déclarations effectuées auprès de nos services, détaillé en inhumations, crémations, (arrivées incluses), départs sans cercueil et en cercueil de Marseille* » (ci-après le « tableau A » ; cote 33).
37. Il en ressort que, outre la colonne « mois », ledit tableau, intitulé « *nombre global de décès recensés au 1^{er} trimestre 2009 par le service de la réglementation de la direction des opérations funéraires* », comprend une autre colonne « *régie* » regroupant elle-même six colonnes : « *inhumations* », « *crémations* », « *départs en cercueil à l'extérieur* », « *départs sans cercueil à l'extérieur* », « *divers* » et « *total* ».
38. Les données chiffrées reprises dans ce tableau sont relatives à l'activité de la régie municipale des pompes funèbres au cours des mois de janvier à mars 2009. En effet, le nombre total d'obsèques (inhumations et crémations) réalisées, à savoir 318 en janvier 2009, 285 en février 2009 et 286 en mars 2009, correspond, en ordre de grandeur, au nombre total d'obsèques que ladite régie réalise en moyenne chaque mois (par exemple, en 2006, la régie a réalisé 3 597 obsèques, soit environ 300 obsèques par mois ; décision n° 08-D-34, point 4).
39. Lors de l'audition du 19 juillet 2010, le directeur des opérations funéraires de la ville de Marseille a confirmé que le tableau A contient des données statistiques concernant la régie municipale des pompes funèbres pour les mois de janvier à mars 2009 (cote 70).
40. En outre, lors de l'audition du 22 juillet 2010, les représentants d'OGF ont indiqué que les données communiquées ne correspondent pas aux informations demandées et ne concernent pas l'activité d'OGF-Pincédé (cote 81).
41. En effet, il apparaît que le tableau A ne fait état ni du nombre global de décès, d'inhumations et de crémations réalisés dans la ville de Marseille ni du nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour.

b) Sur la communication de statistiques pour les mois d'avril à novembre 2009

42. Par courrier du 15 décembre 2009, OGF-Pincédé a demandé au directeur du service des affaires juridiques et de la réglementation de la ville de Marseille la communication des « *statistiques des opérations funéraires réalisées durant les mois de avril à novembre 2009 et recensés par le service de la réglementation de la direction des opérations funéraires* » (cote 35).
43. La ville de Marseille a répondu, par lettre du conseiller municipal délégué aux opérations funéraires et aux cimetières du 8 janvier 2010 (cote 37), et a adressé à OGF-Pincédé « *un tableau recensant, pour les 8 mois qui vous intéressent, le nombre de convois et la part de marché des services funéraires marseillais, résultats établis à partir des déclarations de*

décès recensées au niveau du service de la réglementation » (ci-après le « tableau B » ; cote 38).

44. Le tableau, intitulé « *nombre de convois sur 8 mois établis à partir des déclarations de décès recensées à la réglementation* », comprend, outre la colonne « *mois* », une autre colonne « *nombre de convois* » se subdivisant elle-même en trois colonnes : « *régie* », « *entreprises* » et « *dont [OGF-Pincedé]* ». Lesdites données s'entendent comme la « *somme des inhumations, des incinérations, des départs en cercueil, compte non tenu des départs sans cercueil et des dons de corps* ».
45. D'une part, les données reprises dans le tableau B, pour les mois d'avril à novembre 2009, sont relatives à l'activité de la régie municipale des pompes funèbres (colonne « *régie* ») et de l'ensemble des autres opérateurs de pompes funèbres à Marseille (colonne « *entreprises* »), dont Pincedé pour lequel les données sont également détaillées (colonne « *dont [OGF-Pincedé]* »).
46. Concernant les données relatives à ladite régie, elles correspondent, pour la période d'avril à novembre 2009 et en ordre de grandeur, à l'activité habituellement réalisée chaque mois par cette régie, telle que rappelée au paragraphe 38 de la présente décision. Ces données peuvent également être rapprochées des données reprises dans le tableau A pour les mois de janvier à mars de la même année.
47. Lors de l'audition du 19 juillet 2010, le directeur des opérations funéraires de la ville de Marseille a confirmé que le tableau B contient, pour les mois d'avril à novembre 2009, des données statistiques concernant le nombre de convois réalisés par la régie municipale des pompes funèbres (cotes 70 et 71).
48. D'autre part, le tableau B peut être considéré comme faisant état du nombre global d'inhumations, si l'on ajoute les données détaillées relatives à l'activité de la régie municipale des pompes funèbres à celle des autres entreprises opérant dans le secteur des pompes funèbres à Marseille. En revanche, le tableau ne mentionne ni le nombre global de décès ni le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour, pour la ville de Marseille.

2. DISCUSSION

49. Au stade du rapport, les services d'instruction ont estimé que la ville de Marseille a méconnu le deuxième engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34 (cote 145).

a) Arguments des parties

50. OGF fait valoir qu'elle a produit certains éléments permettant de constater que les statistiques funéraires de la ville de Marseille, dont la communication a été rendue obligatoire par ladite décision, ne lui ont pas été transmises malgré deux demandes écrites en ce sens et que certaines données relatives à l'activité d'opérateurs concurrents, dont la communication a été interdite par cette décision, lui ont été transmises alors que celle-ci ne les demandait pas. En conséquence, elle soutient que la ville de Marseille n'a pas respecté le deuxième engagement (cote 167).
51. La ville de Marseille fait valoir, d'une part, que l'envoi du tableau A résulte d'une erreur de ses services administratifs, ainsi qu'il découle des termes de la lettre du 26 mai 2009 adressée à OGF-Pincedé (cote 188). D'autre part, le tableau B adressé par lettre du

8 janvier 2010 aurait été communiqué à OGF-Pincedé dans un souci de transparence, à la suite des préoccupations de concurrence émises et « *pour faire face aux agissements passés de certaines individualités* » (cotes 187).

52. En outre, la ville de Marseille souligne que la communication des données contenues dans les tableaux n'a procuré aucun avantage à la régie municipale des pompes funèbres et qu'elle constitue au contraire un désavantage pour la régie, puisque cette dernière ne peut connaître les parts de marché de ses concurrents, conformément aux engagements souscrits par la ville. Au surplus, il ne serait pas dans l'intérêt de cette régie que soient communiquées de manière unilatérale et sans contrepartie des informations essentielles concernant son activité, au risque pour elle de favoriser l'un de ses concurrents (cotes 188 et 189). La ville de Marseille soutient également que cette communication ne saurait, en elle-même, caractériser une pratique anticoncurrentielle et notamment une entente entre la régie municipale des pompes funèbres et OGF-Pincedé (cotes 189 et 193). Par ailleurs, il ne serait pas possible de soutenir que la ville de Marseille aurait méconnu le deuxième engagement, en l'absence de toute intention dolosive de sa part (cotes 187).
53. De plus, la ville de Marseille indique que des mesures ont été prises afin de renforcer l'effectivité des engagements adoptés. En particulier, le 18 avril 2011, elle a publié une circulaire portant application de la décision n° [08-D-34](#) du Conseil de la concurrence et destinée au personnel de la direction des opérations funéraires (cotes 185, 186 et 204 à 207). Elle a également établi une note, en date du 15 avril 2011, à l'attention des opérateurs économiques et affichée dans les locaux du service des affaires juridiques et de la réglementation (cotes 186 et 208). Enfin, le 28 avril 2011, elle a adressé à OGF-Pincedé un courrier rectificatif en vue de répondre à ses demandes des 20 avril et 15 décembre 2009 (cotes 186, 187 et 209 à 214).

b) Sur l'absence de respect de l'engagement

54. En l'espèce, dans la mesure où les tableaux A et B contiennent des données statistiques relatives à la régie municipale des pompes funèbres, ce que la ville de Marseille ne conteste pas, et où les tableaux ont été communiqués à OGF-Pincedé, opérateur concurrent de ladite régie, par lettres de la ville des 26 mai 2009 et 8 janvier 2010, il y a lieu de considérer que la ville de Marseille n'a pas respecté le deuxième engagement, rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34 du 22 décembre 2008, qui prévoit notamment qu'« [a]ucune donnée portant sur l'activité d'un opérateur ne peut être fournie à un autre opérateur ».
55. En outre, s'agissant du tableau A, il faut relever qu'il ne répond pas à la demande d'OGF-Pincedé, du 20 avril 2009, qui était rédigée en des termes identiques à ceux du deuxième engagement. Partant, la ville de Marseille a également méconnu l'engagement en ce qu'il prévoit que « [t]oute entreprise de pompes funèbres pourra obtenir, sur demande adressée au service des affaires juridiques et de la réglementation, le nombre global de décès et d'inhumations réalisés dans la ville de Marseille, et le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour ».
56. De même, s'agissant du tableau B, la demande formulée par OGF-Pincedé, par lettre du 15 décembre 2009, certes dans des termes moins précis que la première demande puisqu'elle visait à obtenir la communication des « *statistiques des opérations funéraires* », impliquait néanmoins une réponse reprenant les données statistiques telles qu'elles sont définies au deuxième engagement rappelé ci-dessus et qui sont les seules dont la communication est autorisée.

57. En effet, le deuxième engagement tend à permettre aux opérateurs funéraires d'avoir un égal accès aux statistiques établies par la direction des opérations funéraires en évitant une discrimination entre la régie municipale des pompes funèbres qui, avant l'intervention de la décision n° 08-D-34, était seule à en disposer, et les autres opérateurs. Il autorise la communication de données agrégées dont la diffusion peut avoir un effet proconcurrentiel en améliorant la connaissance du marché par les opérateurs. Mais, demeure interdite la communication des opérations funéraires réalisées par tel ou tel entrepreneur conduisant à faire connaître à l'un d'entre eux le comportement prévisible de ses concurrents et de nature à fausser la concurrence sur le marché concerné.
58. Au surplus, la communication des informations que la ville est seule à détenir est soumise dans cet engagement à des règles claires et précises qui ne soulèvent aucun problème d'interprétation.

c) Sur la réponse aux arguments présentés par la ville de Marseille

59. A titre liminaire, il convient de souligner que la procédure de non-respect d'engagements instituée par l'article L. 464-3 du code de commerce a un caractère objectif, de sorte que le manquement à un engagement est passible de sanction pécuniaire sans qu'il soit besoin de démontrer, comme l'invoque la ville de Marseille, l'intention dolosive recherchée par l'auteur du manquement, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle qui caractériserait un tel manquement ou la gravité des conséquences pour le marché concerné. Cela est d'autant plus vrai que la procédure d'engagements instituée par la législateur français en 2004, sur le modèle de l'article 19 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JOUE L 1, 4/1/2003, p. 1), a pour effet de faire échapper l'entreprise ou l'organisme à tout constat d'infraction et donc à toute sanction pécuniaire, auxquels exposaient les pratiques examinées et qui, en l'occurrence, étaient susceptibles d'être prohibées au titre de l'article L. 420-2 du code de commerce.
60. A supposer même que la communication des données statistiques en cause résulte d'une erreur des services administratifs, il appartenait en tout état de cause à la ville de Marseille de prendre l'ensemble des mesures nécessaires afin de garantir la bonne exécution du deuxième engagement qu'elle a proposé. Si la ville de Marseille invoque sa bonne foi en soulignant qu'elle a envoyé un courrier rectificatif, qui n'était pas d'ailleurs de nature à réparer le manquement commis, force est de constater qu'elle ne l'a fait que postérieurement à la saisine de l'Autorité de la concurrence et à la transmission du rapport des services d'instruction.
61. De plus, la circonstance que les données communiquées au moyen des tableaux A et B concernent la régie municipale des pompes funèbres administrée par la ville de Marseille, que la communication faite dans un souci de transparence serait susceptible d'aller à l'encontre des intérêts de la régie ou de bénéficier à un autre opérateur de pompes funèbres est indifférente aux fins d'apprécier le respect du deuxième engagement par la ville de Marseille. En effet, l'engagement n'opère pas de distinction entre les opérateurs concernés, notamment entre cette même régie et les opérateurs privés de pompes funèbres. Ainsi qu'il ressort de cet engagement, la ville de Marseille était tenue de ne pas fournir à un opérateur quelconque de pompes funèbres des données relatives à l'activité d'un autre opérateur, en ce compris la régie municipale des pompes funèbres.
62. Il découle de l'ensemble de ce qui précède que, en communiquant à OGF-Pincedé des données relatives à l'activité d'un autre opérateur de pompes funèbres, en l'occurrence la

régie municipale des pompes funèbres, et en ne fournissant pas les données visées par le deuxième engagement alors qu'elles avaient été demandées par OGF-Pincedé, la ville de Marseille a méconnu l'engagement rendu obligatoire par la décision n° 08-D-34.

III. Sur la détermination de la sanction

63. L'article L. 464-3 du code de commerce dispose que « [s]i les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2 ».
64. Dans la mesure où le non-respect d'engagements en cause dans la présente affaire est imputable à la ville de Marseille, qui n'est pas une entreprise, la limite fixée à l'article L. 464-2 du code de commerce est de trois millions d'euros.
65. Si le texte de l'article L. 464-3 fait référence au seul plafond de l'article L. 464-2, sans reprendre à son compte les critères de la sanction prévus par le même article pour réprimer les pratiques anticoncurrentielles, l'exigence d'individualisation et le principe de proportionnalité imposent à l'Autorité de prendre en considération les faits et le contexte propres à chaque affaire qui sont de nature à lui permettre de prononcer une sanction en rapport avec le non-respect constaté.
66. La mise en œuvre de la procédure instituée par le I de l'article L. 464-2 de ce code, comme celle dont a bénéficié la ville de Marseille en l'espèce, conduit l'Autorité à clore le dossier dont elle est saisie, en mettant fin à l'action publique avant toute instruction définitive et sans qu'aucune sanction pécuniaire ne soit prononcée.
67. Dans ces conditions, la décision d'acceptation d'engagements permet, avant même la formalisation éventuelle d'une accusation matérialisée dans une notification de griefs, de constater que, compte tenu du fait que les pratiques suscitant des préoccupations de concurrence vont cesser grâce aux engagements proposés, il n'y a plus lieu d'agir à l'encontre de l'entreprise impliquée.
68. A cet égard, la procédure se distingue de celle prévue au III dudit article puisque, en application de cette dernière disposition, les engagements proposés par un organisme ou une entreprise, lorsque celui-ci ou celle-ci ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, ouvrent la possibilité pour l'Autorité, sur la proposition du rapporteur général, d'en tenir compte dans la fixation du montant de la sanction, dont le plafond a d'ores et déjà été réduit de moitié en raison de cette non-contestation de griefs.
69. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de rappeler la capacité des engagements pris par les organismes ou les entreprises à résoudre plus efficacement les problèmes de concurrence dans certaines circonstances. Ainsi, « [l]e prononcé de sanctions et l'acceptation d'engagements pris par les entreprises sont deux outils qui, s'ils ne correspondent pas aux mêmes situations économiques et n'ont pas les mêmes effets, répondent au même objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence : dans le premier cas, des sanctions significatives dissuadent l'entreprise d'éventuellement réitérer et, dans le second, les engagements préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles » (décision n° [04-D-65](#), 30 novembre 2004, point 64).
70. La décision d'accepter des engagements en les rendant obligatoires pour l'entreprise ou l'organisme qui les a souscrits assure le maintien ou le rétablissement volontaire de la concurrence sur le marché, préalablement à toute qualification des pratiques anticoncurrentielles déterminant l'existence d'un dommage à l'économie. Dès lors, sans

qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'existence d'un tel dommage, le manquement aux engagements, qui porte atteinte à la solution négociée, destinée à rétablir une situation normale de concurrence et à prévenir toute pratiques anticoncurrentielle, revêt un caractère de particulière gravité (voir arrêt de la cour d'appel de Paris, 11 janvier 2005, France Télécom).

71. Cela est d'autant plus vrai que les engagements proposés par la ville de Marseille elle-même étaient clairs, précis et dépourvus d'ambiguïté.
72. Cependant, pour relativiser la gravité du comportement et eu égard au contexte général dans lequel les engagements ont été appliqués, l'Autorité de la concurrence tiendra compte du fait que la ville de Marseille ne peut être regardée comme ayant méconnu les premier et troisième engagements.
73. Dans ces conditions, en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et au regard des ressources de la ville de Marseille, il y a lieu de prononcer à l'égard de cette dernière une sanction de 60 000 euros.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que la ville de Marseille a méconnu le deuxième engagement souscrit par elle et rendu obligatoire par la décision du Conseil de la concurrence n° 08-D-34 du 22 décembre 2008.

Article 2 : Il est infligé à la ville de Marseille une sanction pécuniaire de 60 000 euros.

Délibéré sur le rapport oral de M. Alexandre Lacresse, rapporteur et l'intervention de M. Etienne Pfister, rapporteur général adjoint, par Mme Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Reine-Claude Mader-Saussaye, MM. Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq et Jean-Bertrand Drummen, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente,
Françoise Aubert