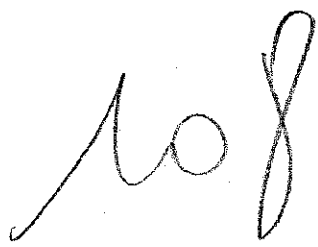


COMM.



04-D-70

JL

COUR DE CASSATION

Audience publique du **28 novembre 2006**

Rejet

M. TRICOT, président

Arrêt n° 1341 F-D

Pourvoi n° P 05-20.180

CONSEIL
DE LA CONCURRENCE
05 010
BUREAU
DE LA DOCUMENTATION

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société OGF, société
anonyme, dont le siège est 31 rue de Cambrai, 75946 Paris cedex 19,

contre l'arrêt rendu le 13 septembre 2005 par la cour d'appel de Paris
(1re chambre civile, section H), dans le litige l'opposant à la société Doussin
(anciennement Marbrerie Gilbert Doussin), dont le siège est 20 rue d'Alger,
78100 Saint-Germain-en-Laye,

défenderesse à la cassation ;

EN PRESENCE :

du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, 75013 Paris,

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 octobre 2006, où étaient présents : M. Tricot, président, Mme Maitrepierre, conseiller référendaire rapporteur, M. Métivet, conseiller doyen, M. Main, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Maitrepierre, conseiller référendaire, les observations de Me Luc-Thaler, avocat de la société OGF, de la SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, avocat de la société Doussin, de Me Ricard, avocat du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, les conclusions de M. Main, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 13 septembre 2005), que la société Doussin, anciennement société Marbrerie Gilbert Doussin, qui exerce, à Saint-Germain-en-Laye, à Chatou et au Pecq, diverses activités de prestations funéraires, telles que la marbrerie, la vente de fleurs et d'accessoires, ainsi que l'organisation d'obsèques, a, en août 2001, saisi le Conseil de la concurrence (le Conseil) de pratiques émanant de la société Pompes funèbres générales, aux droits de laquelle vient la société Omnium de gestion et de financement (la société OGF), tendant à entretenir la confusion dans l'esprit du public entre l'activité de gestion de la chambre funéraire de Saint-Germain-en-Laye, dont la société OGF est exclusivement investie, et les autres activités de prestations funéraires exercées par cette dernière à proximité immédiate ; que, par décision du 16 décembre 2004 (n° 04-D-70), le Conseil a estimé que la société OGF s'était rendue coupable d'abus de position dominante en entretenant une telle confusion du fait de l'agencement de ses locaux, des modalités d'accueil réservées aux familles endeuillées dans ces locaux et de l'existence de numéros de téléphone communs à la chambre funéraire et au local commercial et, en conséquence, a infligé à cette dernière une sanction pécuniaire de 484 000 euros ;

Sur le premier moyen :

Attendu que par ce moyen, tiré d'un défaut de base légale au regard de l'article 16 du nouveau code de procédure civile, de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et d'une dénaturaison de la décision du Conseil quant à la prétendue prise en compte d'un marché subsidiaire dans l'appréciation

des griefs qui lui sont reprochés, la société OGF fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre cette décision ;

Mais attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société OGF fait également grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1°/ que le marché s'évalue au regard des circonstances concrètes de fonctionnement du service ; qu'en se bornant à reprendre l'argumentation du Conseil de la concurrence sans rechercher, comme il lui était demandé, si la définition du marché est cohérente dès lors que le taux de porosité de 12% sert à la fois à justifier que certaines communes soient écartées du marché géographique retenu, et à y insérer en même temps d'autres communes, comme Chatou, l'analyse étant en outre établie sur la base d'un tableau incomplet ne recensant pas l'intégralité des communes situées en dehors du marché pertinent où les opérateurs situés sur le marché pertinent ont pu intervenir, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de vérifier la cohérence de la motivation adoptée pour définir le marché, privant ainsi la décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; qu'en se bornant à reprendre la motivation du Conseil de la concurrence affirmant l'existence d'un contrat de sous-traitance entre les agences situées hors des onze communes retenues et l'agence de Saint-Germain-en-Laye pour écarter ces agences et ces communes du marché pertinent sans rechercher, comme il lui était demandé, si la qualification de contrat de sous-traitance a fait l'objet d'un débat contradictoire, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de se prononcer, privant sa décision de base légale au regard des articles 16 du nouveau code de procédure civile et 6 de la convention européenne des droits de l'homme ;

3°/ que le contrat de sous-traitance se définit comme un contrat de fourniture spécifique destinée à un chantier déterminé et comportant une mise en oeuvre particulière ; qu'en se bornant à rejeter les observations de la société OGF niant l'existence de contrats de sous-traitance en affirmant qu'il existait des contrats de sous-traitance entre les agences de la société OGF et l'agence de Saint-Germain-en-Laye permettant d'exclure 29 communes du marché pertinent, sans établir l'existence d'un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de

substituer au produit commandé un autre équivalent, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de se prononcer sur cette qualification, privant sa décision de base légale au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 1787 du code civil ;

4°/ que l'appréciation du marché pertinent suppose de prendre en compte l'offre des autres opérateurs économiques ; qu'en ne recherchant pas, comme il lui était demandé, si le contour de l'offre des autres opérateurs ne dépassait pas largement le marché de onze communes retenu, la société Marbrerie Gilbert Doussin ayant réalisé 25% de ses convois à partir de Saint-Germain-en-Laye dans des communes situées en dehors du périmètre retenu dans la notification des griefs, ce chiffre montant à 80% pour la société Alliance européenne des pompes funèbres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

5°/ que le marché s'évalue au regard des circonstances concrètes de fonctionnement du service ; qu'en se bornant à reprendre l'argumentation du Conseil de la concurrence sans rechercher, comme il lui était demandé, si le calcul de la part de marché attribué aux agences de la société OGF n'était pas erroné, dans la mesure où il incluait des convois correspondant à des achats de prestations d'obsèques réalisés auprès d'autres agences OGF (BCI : bordereau de cession interne) ou auprès d'opérateurs de pompes funèbres indépendants situés en dehors du secteur (CS : commande sous-traitant), la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de vérifier la cohérence de la motivation adoptée pour définir le marché, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt constate que l'instruction a mis en évidence que les familles des défunts passant par la chambre funéraire de Saint-Germain-en-Laye choisissent, pour l'organisation des obsèques, des opérateurs de la commune du lieu de décès du défunt ou des opérateurs de la "ville -centre" qui structure le marché local, quelle que soit la commune de décès considérée, de sorte que l'activité des opérateurs de Saint-Germain-en-Laye sur les communes exclues du marché géographique pertinent s'avère insignifiante et que, inversement, les pourcentages d'intervention des opérateurs voisins situés en dehors de ce marché n'excèdent pas 30% alors que ceux des opérateurs qui y sont situés varient de 73% pour Port-Marly à 100% pour Fourqueux et Croissy ; que l'arrêt a ainsi retenu, par une analyse concrète du comportement des familles et par une appréciation souveraine de la pertinence des moyens de preuve offerts sur l'organisation et le fonctionnement du service des pompes funèbres dans la région de Saint-Germain-en-Laye, l'existence d'un marché géographiquement délimité

par la proximité du lieu du décès des défunts ; que par ce seul motif, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties relative à la qualification juridique des relations établies entre plusieurs agences de la société OGF dans le secteur Nord des Yvelines, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt constate que, même en accueillant la demande de la société OGF visant à corriger les parts de marché qui lui ont été attribuées dans la décision attaquée, sur la base du rapport entre le nombre de convois funéraires organisés et le nombre de décès enregistrés dans la zone considérée, cette société détient encore environ 49% du marché eu égard au nombre total des décès intervenus dans la région correspondant au marché géographique pertinent et environ 61% eu égard au nombre des décès survenus uniquement à Saint-Germain-en-Laye ; qu'en outre, la cour d'appel a relevé, par motifs adoptés, que la société OGF bénéficie d'un avantage structurel du fait de la gestion de la seule chambre funéraire existante dans le secteur de Saint-Germain-en-Laye, qu'elle est une filiale du numéro un mondial du secteur des pompes funèbres et qu'elle exploite son activité sous diverses enseignes bénéficiant d'une importante notoriété au niveau national ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, de nature à caractériser la position dominante de la société OGF sur le marché concerné, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que par ce moyen, tiré d'un défaut de base légale au regard de l'article 420-2 du code de commerce et de l'article 2223-38 du code général des collectivités territoriales ainsi que d'une dénaturaison de ses conclusions, la société OGF fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil ;

Mais attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que la société OGF fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1°) que les sanctions pécuniaires doivent être déterminées de façon motivée pour chaque sanction ; qu'en se bornant à énoncer des facteurs abstraits, sans rechercher concrètement, comme il lui était

demandé, le dommage causé à l'économie par l'agence située sur le site du funérarium, qui n'a réalisé que 33 convois sur les 1058 corps admis à la chambre funéraire (3%) et les 1232 décès composant le marché présenté comme pertinent (2, 5%), et pour les corps transférés à la chambre funéraire par ambulance pour lesquels les risques de confusion seraient particulièrement élevés selon le Conseil, que la moitié de la prise en charge des 49 défunts concernés, soit une proportion bien inférieure à la part de marché moyenne d'OGF, ces chiffres démontrant selon monsieur le commissaire du gouvernement l'effet limité des pratiques constatées sur le marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné ; qu'en se bornant à relever le caractère renouvelé et la gravité des pratiques sanctionnées sans apprécier, comme il lui était demandé, la proportionnalité de la sanction au dommage causé à l'économie, notamment par rapport au caractère très limité des dommages causés à l'économie (§ 119 à 126), le commissaire du gouvernement ayant souligné lui-même l'atteinte très limitée à la concurrence et proposé pour cette raison une amende limitée à 30 000 euros, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 464-2, 1, alinéa 3, du code de commerce et 1^{er} du protocole n° 1 de la convention européenne des droits de l'homme ;

3°/ que la loi n'a pas point d'effet rétroactif ; que l'appréciation de la sanction pécuniaire par rapport au groupe auquel l'entreprise appartient n'est prévu que depuis la loi du 15 mai 2001 ; qu'en appréciant dès lors la sanction pécuniaire pour des pratiques commises avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 au regard du groupe auquel l'entreprise appartient, la cour d'appel a violé les articles 2 du code civil et 6 de la convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant énoncé, par motifs adoptés, que les pratiques retenues à l'encontre de la société OGF ont restreint le développement du libre exercice de la concurrence par d'autres intervenants sur un marché, historiquement réglementé et protégé, ouvert depuis dix ans à une pleine et entière concurrence, et sont mal appréhendées par les familles des défunts qui se trouvent, au moment où elles accordent leur confiance, dans un état de dépendance lié à la nécessité d'organiser rapidement les funérailles et au désarroi que le deuil est de nature à causer, caractérisant ainsi l'incidence structurelle des pratiques litigieuses sur l'économie du marché considéré, la cour d'appel, qui a aussi tenu compte de la gravité des faits reprochés et de la situation de l'entreprise en cause, a concrètement, par une décision motivée, procédé

au contrôle de proportionnalité lui incombant, justifiant ainsi légalement sa décision ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt, qui n'a pris en compte l'appartenance de la société OGF à un groupe important traditionnellement chargé de l'exploitation d'un service public qu'en tant qu'élément d'appréciation de la gravité des faits reprochés, n'a pas, contrairement à ce qui est soutenu, fait application de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ;

D'où il suit que le moyen qui manque en fait en sa troisième branche n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société OGF aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, condamne la société OGF à payer à la société Doussin la somme de 1 800 euros et rejette la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit novembre deux mille six.