



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2022-PAC-03 du 17 mai 2022

relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie par la SARL Pompes funèbres Transfunéraire, la SARL Transfunéraire et la SARL Transport de corps

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la décision n° 2020-SO-02 du 04 septembre 2020 par laquelle l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, l'« Autorité ») s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce »), relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment son article Lp. 421-2 ;

Vu la notification de griefs du service d'instruction en date du 3 septembre 2021 adressée à la SARL Pompes funèbres Transfunéraire, la SARL Transfunéraire et la SARL Transport de corps composant le groupe Transfunéraire ;

Vu les observations écrites de la SARL Pompes funèbres Transfunéraire, la SARL Transfunéraire et la SARL Transport de corps et celles du commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs et les représentants de la SARL Pompes funèbres Transfunéraire, la SARL Transfunéraire et la SARL Transport de corps entendus lors de la séance du 17 février 2022, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué et excusé ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Aux termes de cette décision, l'Autorité sanctionne la société Transfunéraire, sur le fondement de l'article Lp. 421-2 du code de commerce, pour avoir exploité de façon abusive sa position monopolistique sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps réfrigérés au CHT Gaston Bourret (Médipôle) à travers la mise en œuvre de pratiques de confusion et de captation de la clientèle des familles des défunts, au détriment des autres entreprises de pompes funèbres calédoniennes, entre le 11 octobre 2018 et le 1^{er} avril 2021.

En l'espèce, le contrat passé par le CHT pour déléguer à la société Transfunéraire la prise en charge des corps des patients décédés et la gestion de la salle de dépôt des corps de cet établissement, a conféré à la société Transfunéraire un monopole sur ce marché spécifique et l'a placée en situation de « passage obligé » pour tous les opérateurs concurrents présents sur le marché aval des services funéraires proposés aux familles dans la zone du Grand Nouméa.

Dans ce contexte, l'Autorité constate que la société Transfunéraire a entretenu la confusion entre son activité de gestionnaire de la salle de dépôt des corps au CHT et ses activités commerciales de pompes funèbres et a mis en œuvre des pratiques de captation de clientèle tant au CHT que par démarchage téléphonique des familles des malades décédés au CHT. Ce faisant, l'Autorité considère que la société Transfunéraire a abusé de sa position monopolistique en limitant le jeu de la concurrence entre opérateurs funéraires à travers la limitation du choix des familles pour le transport de corps et l'organisation des funérailles.

Sur la compétence de l'Autorité

La société Transfunéraire a tout d'abord fait valoir que la convention qui la lie au CHT relève d'une « *mission de service public qui n'entre pas dans le périmètre de compétence de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie* ».

L'Autorité rappelle toutefois que, dans un avis du 24 mars 1995, le Conseil d'Etat a précisément considéré que l'utilisation d'un équipement tel qu'une salle de dépôt de corps dans un établissement de santé « *n'a pas, par elle-même, le caractère d'une mission de service public* ». En outre, il ressort d'une jurisprudence constante qu'une pratique anticoncurrentielle de la part d'un opérateur de pompes funèbres intervenant dans le cadre d'une délégation de service public en métropole est sanctionnable par l'Autorité de la concurrence.

Les arguments de la société Transfunéraire sur les griefs d'abus de position dominante

La société Transfunéraire a contesté la définition du marché pertinente retenue par la notification de griefs, et donc sa position dominante, considérant que le marché en cause est celui du transport de corps et d'organisation des obsèques dans le Grand Nouméa. Puis, elle a fait valoir l'absence de tout élément « *concrets, récurrents, suffisamment probants, significatifs* » de nature à démontrer une pratique de confusion vis-à-vis des familles de défunts au CHT ou des pratiques de captation de clientèle. Elle considère que les rares témoignages figurant dans le dossier démontrent le caractère exceptionnel des contacts avec les familles et sont insuffisants pour démontrer l'existence de pratiques anticoncurrentielles. De même, elle estime que la présence de documents commerciaux dans la salle de dépôt de corps n'a pu avoir aucune influence puisqu'elle n'est pas accessible au public. Elle a précisé, au cours de la séance, qu'aucune plainte ni difficulté n'avait été soulevée auprès du CHT si bien qu'après le deuxième appel d'offres, puis le troisième appel d'offres, la société Transfunéraire a été confirmée dans sa mission par le CHT. Elle a enfin fait valoir que la notification de griefs n'avait pas démontré que la gestion de la salle de dépôt de corps du CHT aurait eu pour effet de faire progresser son activité d'opérateur de pompes funèbres, et pour cause, puisque son chiffre d'affaires a diminué entre 2018 et 2021 alors que le nombre de morts a augmenté. Elle précise même avoir pâti de la gestion de cette « *activité de service public* », très chronophage pour une PME (le groupe ne comptant qu'un gérant et 3 employés). Elle en

conclut que le fait d'assurer la gestion de la salle de dépôt de corps du CHT n'a eu ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la concurrence.

La réponse de l'Autorité

Sur le marché pertinent

En matière d'appel d'offre, l'Autorité considère, à l'instar de la pratique décisionnelle métropolitaine, que chaque marché qui donne lieu à la confrontation concrète de la demande d'un maître d'ouvrage avec les offres des candidats intéressés doit être considéré comme constituant un marché de référence pour l'examen d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

En l'espèce, le CHT a confié par appel d'offres et marché de gré à gré la gestion de la salle de dépôt réfrigéré accueillant tous les corps des patients décédés du CHT à un prestataire unique, sur une période définie, ce qui conduit nécessairement l'Autorité à constater l'existence d'un marché pertinent sur lequel il n'est pas contesté que la société Transfunéraire soit en monopole.

Sur les griefs d'abus de position dominante

L'Autorité considère que la convention de gestion de la salle de dépôt de corps réfrigéré du CHT confère nécessairement à la société Tranfunéraire un avantage concurrentiel et commercial en lui octroyant un contact privilégié avec les familles. Dans ces circonstances spécifiques, toute forme de confusion sur les activités de gestionnaire de la salle de dépôt de corps et les autres services funéraires susceptibles d'être proposés par l'opérateur funéraire en situation de monopole sur le marché amont de la gestion de la salle de dépôt de corps apparaît de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval des services funéraires.

En l'espèce, l'Autorité considère que plusieurs témoignages recueillis au cours de l'instruction sont concordants et confirment l'existence d'une confusion entretenue par le personnel de la société Transfunéraire auprès des familles entre son activité de gestionnaire de la salle de dépôt des corps du CHT et ses activités de prestataires de pompes funèbres.

En outre, les témoignages des familles dénonçant des pratiques de captation de clientèle au CHT ou par téléphone sont corroborés par plusieurs courriers adressés au directeur du CHT par d'autres familles de défunts comme par les principaux concurrents de la société Tranfunéraire. Ces pratiques sont également corroborées par la présence de nombreux documents commerciaux dans la salle de dépôt de corps, alors que l'entreprise dispose de locaux commerciaux à proximité du CHT ainsi que par le rapport de la Direction des affaires économiques invitant le Gouvernement à « *imposer des règles strictes aux pompes funèbres gestionnaires des chambres mortuaires au sein de leur établissement respectif afin d'éviter la perméabilité des contacts avec les familles des défunts et de ne pas fausser la concurrence en orientant le choix des familles* ».

L'Autorité en conclut que les éléments versés au dossier sont suffisants pour démontrer un abus de position dominante de la société Transfunéraire du fait des pratiques de confusion et de captation de la clientèle du CHT qui ont eu pour objet et qui ont pu avoir pour effet d'évincer ses concurrents. En outre, s'il est vrai que le chiffre d'affaires de la société Transfunéraire a diminué entre 2017 et 2020, il n'est pas exclu que ces pratiques aient permis à cette société de limiter ses difficultés commerciales, dont les causes sont potentiellement nombreuses, en se réservant une clientèle captive et vulnérable au CHT.

Pour évaluer le montant de la sanction dont le plafond maximal est de 5 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'entreprise, l'Autorité a pris en compte le fait que ces pratiques sont d'une particulière gravité puisqu'elles touchent des familles vulnérables dans un secteur sensible ayant un impact important sur le budget des ménages et qu'elles ont causé un trouble à l'ordre public pendant près de 3,5 ans. L'Autorité a néanmoins pris en considération le fait que ces pratiques ont été mises en œuvre par une petite entreprise qui a vu son chiffre d'affaires diminuer pendant cette période. **En conséquence, elle a infligé au groupe Transfunéraire une sanction pécuniaire de 2 millions F.CFP correspondant à 25 % du montant maximal de la sanction encourue.**

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.)

SOMMAIRE

I. Constatations	6
A. Les caractéristiques du secteur concerné	6
1. L'absence de réglementation relative à la gestion et à l'utilisation des « salles de dépôt de corps réfrigéré » en établissement de santé	6
2. La prise en charge des corps des patients décédés au CHT Gaston Bourret	7
a. La gestion de la « salle de dépôt de corps » du CHT	7
b. Les listes et le planning de garde d'opérateurs funéraires du CHT	9
B. L'entreprise mise en cause : le groupe Transfunéraire	11
1. La SARL Transfunéraire	12
2. La SARL Pompes Funèbres Transfunéraire	12
3. La SARL Transport de Corps.....	13
C. Les pratiques constatées	13
1. La confusion entretenue auprès des familles par la société Transfunéraire entre ses activités déléguées par le CHT et ses activités de pompes funèbres	13
2. La captation de clientèle par la société Transfunéraire au CHT	15
3. La captation de clientèle par téléphone par la société Transfunéraire au moyen des coordonnées collectées au CHT.....	16
D. Les griefs notifiés	17
II. Discussion	18
A. Sur la compétence de l'Autorité.....	18
B. Sur l'existence d'une position dominante détenue par la société Transfunéraire	20
1. La définition des marchés pertinents.....	20
a. Rappel des principes	20
b. Application au cas d'espèce	20
i. Sur l'existence d'un marché amont de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT Gaston Bourret.....	21
ii. Sur le marché aval des services funéraires proposés aux familles	22
iii. Sur l'existence d'un lien de connexité entre les marchés pertinents.....	24
2. La position de monopole de la société Transfunéraire sur le marché amont	25
C. Sur le bien-fondé des griefs notifiés	26
1. Le droit applicable	26

2. Les moyens soulevés en défense	27
3. La réponse de l'Autorité.....	29
a. S'agissant du grief n° 1 lié à la confusion des activités de gestion de la salle de dépôt réfrigéré et les prestations de pompes funèbres proposées aux familles	29
b. S'agissant des griefs n° 2 et 3 liés au démarchage des familles par la société Transfunéraire au CHT ou par téléphone	31
c. Sur les effets des pratiques en cause	34
III. Appréciation des sanctions	35
A. L'imputabilité des pratiques	35
B. Les sanctions pécuniaires.....	35
1. Sur la gravité des pratiques.....	36
2. Sur le dommage à l'économie	36
3. Sur la situation financière de l'entreprise en cause	37
4. Sur le montant des sanctions	38
C. Les sanctions non pécuniaires	38
Décision	39

I. Constatations

1. Par décision n° 2020-SO-02 du 04 septembre 2020, l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie s’est saisie d’office de pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie¹.

A. Les caractéristiques du secteur concerné

2. Les comportements identifiés dans le cadre de la présente notification de griefs sont le fait d’un opérateur funéraire actif dans le secteur des pompes funèbres ayant à sa charge la gestion d’un lieu de conservation des corps des patients décédés au sein d’un établissement de santé, autrement appelée chambre mortuaire ou salle de dépôt de corps réfrigéré.
3. L’Autorité a déjà examiné le secteur des pompes funèbres à l’occasion de l’avis n° 2021-A-04 rendu le 20 décembre 2021.

1. L’absence de réglementation relative à la gestion et à l’utilisation des « salles de dépôt de corps réfrigéré » en établissement de santé

4. Il ressort notamment de l’avis précité que la réglementation calédonienne ne définit pas les termes de « *chambre funéraire* » et « *chambre mortuaire* » et ne réglemente pas davantage leur gestion et leur utilisation.
5. En métropole, les chambres funéraires se distinguent des chambres mortuaires. En effet, ces dernières sont des équipements hospitaliers, obligatoires pour les établissements de santé publics ou privés qui enregistrent un nombre moyen annuel de décès au moins égal à 200 selon les articles L. 2223-39 et R. 2223-90 du CGCT², et dont leur gestion et leur utilisation ne sont pas des activités relevant du service extérieur des pompes funèbres, à la différence de la gestion et de l’utilisation des chambres funéraires³.
6. De plus, en métropole, les établissements de santé publics ou privés doivent gérer directement leurs chambres mortuaires⁴. Dès lors, leur gestion et leur utilisation ne peuvent être déléguées à un opérateur privé, à la différence des chambres funéraires publiques⁵, comme le rappelle le Conseil d’Etat dans un avis du 24 mars 1995⁶.
7. En Nouvelle-Calédonie, du fait de l’absence de réglementation relative aux chambres mortuaires, à leur gestion et à leur l’utilisation, les établissements de santé ne sont pas obligés de disposer d’une chambre mortuaire, et pas davantage d’un équipement frigorifique permettant la conservation des corps des patients qui y décèdent, quel que soit le nombre moyen de décès enregistrés chaque année dans chacun de ces établissements.

¹ Voir la décision de l’Autorité n° 2020-SO-02 du 04 septembre 2020 relative à une saisine d’office pour des pratiques dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie, annexe 03, cote 06.

² Voir les décisions n° 11-D-14 ; 11-D-06 ; 08-D-09 précitées.

³ *Ibid.*, voir les décisions n° 11-D-14 ; 11-D-06 ; 08-D-09 précitées.

⁴ « *Sans préjudice des dispositions de l’article R. 2223-91, les établissements de santé peuvent satisfaire à leur obligation de disposer d’une chambre mortuaire en utilisant les facultés qui leur sont ouvertes en matière de coopération hospitalière* » (voir l’article R2223-92 du CGCT).

⁵ « *Le service extérieur des pompes funèbres est une mission de service public comprenant : [...] 6° La gestion et l’utilisation des chambres funéraires [...] [qui] peut être assurée par les communes, directement ou par voie de gestion déléguée* » (voir l’article L. 2223-19 du CGCT).

⁶ Voir l’[avis du Conseil d’Etat n° 357 297 du 24 mars 1995](#).

8. Les établissements de santé de la Nouvelle-Calédonie ayant choisi de disposer d'un tel équipement préfèrent d'ailleurs parler de « *salle de dépôt de corps réfrigéré* »⁷ afin de la distinguer des chambres mortuaires dans la mesure où ces salles de dépôt de corps ne prévoient pas de zone publique destinée aux familles⁸ comme l'exige la réglementation métropolitaine⁹.
9. L'avis n° 2021-A-04 précité relève également que les décès enregistrés en Nouvelle-Calédonie surviennent, pour l'essentiel, dans le Grand Nouméa et ont lieu majoritairement en milieu hospitalier. Le nombre de décès enregistrés dans les établissements de santé de la Nouvelle-Calédonie est d'ailleurs en augmentation entre 2010 et 2017, passant d'environ 55% entre 2010 à 2016, à 61% en 2017¹⁰.
10. Le Grand Nouméa compte trois établissements hospitaliers, le principal d'entre eux étant le Centre Hospitalier Territorial Gaston Bourret à Dumbéa (autrement appelé le Médipôle), d'une capacité de 645 lits et places¹¹.

2. La prise en charge des corps des patients décédés au CHT Gaston Bourret

a. La gestion de la « salle de dépôt de corps » du CHT

11. Le CHT Gaston Bourret est l'hôpital de référence en Nouvelle-Calédonie. Il existe sous ce nom depuis 1981 et a déménagé de Nouméa pour s'installer sur le site de Koutio à Dumbéa entre décembre 2016 et janvier 2017¹².
12. Le CHT comptabilise autour de 500 décès par an¹³ et possède, depuis septembre 2017, une salle de dépôt de corps avec un équipement frigorifique pouvant accueillir jusqu'à trois corps¹⁴.
13. Lors de son audition, le directeur du CHT a déclaré que : « *Le personnel de brancardier, soutenu par leur syndicat, a fait remonter qu'ils ne souhaitent plus s'occuper du transport de corps vers la salle de dépôt du CHT. Les corps partaient tard, les mouvements de corps n'étaient pas toujours répertoriés au sein du CHT. Pour ces raisons, nous avons souhaité faire appel à un prestataire privé. [...] Nous avons lancé une consultation au mois d'août 2018. Il ne s'agissait pas d'un appel d'offres mais d'une consultation dans la mesure où le marché était estimé inférieur à 20 millions de francs. Il a ainsi été décidé d'une procédure de gré à gré* »¹⁵.

⁷ Voir l'audition du directeur du CHT du 21 octobre 2020, annexe 103, cote 899 ; l'article 1 du contrat de prestation de services entre la société PFC et la clinique Kuindo-Magnin : VC, annexe 09, cote 25 ; VNC, annexe 139, cote 4634 ; l'audition du directeur de la clinique Kuindo-Magnin du 29 septembre 2020, annexe 07, cote 19.

⁸ Voir le procès-verbal de constat du 21 octobre 2020, annexe 104, cotes 1172 à 1186 ; l'audition du directeur du CHT du 21 octobre 2020, annexe 103, cote 903 ; l'audition du directeur de la clinique Kuindo-Magnin du 29 septembre 2020, annexe 07, cote 16 : « *Nous allons visiter la chambre mortuaire au rdc composée d'une seule pièce fermée à clefs* ».

⁹ Voir les développements *supra* relatifs au régime juridique des chambres mortuaires.

¹⁰ En comptabilisant le nombre de décès enregistrés par l'ISEE en hôpital et clinique.

¹¹ Voir les données chiffrées sur le site internet du CHT : <https://www.cht.nc/le-ght-gaston-bourret/le-medipole/les-donnees-chiffrees/>

¹² Voir l'audition du directeur du CHT du 21 octobre 2020, annexe 103, cote 898.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, cote 901 ; voir également la note de la DASS-NC sur les conséquences de la fermeture nocturne du centre funéraire de Nouméa, annexe 42, cote 250.

¹⁵ Voir l'audition du directeur du CHT du 21 octobre 2020, annexe 90, cote 3118.

14. Ainsi, le CHT a choisi de confier à la société Transfunéraire « *la gestion de la salle de dépôt réfrigéré ainsi que la prise en charge des patients décédés au CHT, 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 jours pour une durée d'un (1) an* »¹⁶, à compter du 11 octobre 2018¹⁷.
15. Les missions du gestionnaire de la salle de dépôt réfrigéré sont définies dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP). Ce document prévoit notamment, dans son article 4 relatif aux modalités de gestion des corps des patients décédés au CHT, que « *La prise en charge d'un corps consiste en la réalisation des missions suivantes :*
- *recueil auprès du personnel soignant du service, des informations nécessaires aux démarches administratives réglementaires pour le transport du corps et de l'attestation de choix de l'opérateur funéraire dûment complétée (Annexe 6 du Règlement Particulier).*
 - *placement du corps dans une housse hermétique fournie par le gestionnaire de la salle de dépôt des corps,*
 - *transport du corps du service de soins jusqu'à la salle de dépôt du corps du CHT,*
 - *placement des corps dans les compartiments réfrigérés réservés à cet effet et insertion des documents sur les compartiments concernés,*
 - *complétude et suivi du registre de traçabilité présent dans la salle de dépôt (partie 1 : dépôt du corps dans la salle et partie 2 : enlèvement du corps) »*¹⁸.
16. Par ailleurs, il est prévu que le corps du défunt doit quitter l'hôpital le lendemain matin du décès¹⁹, si bien que les proches doivent rapidement choisir une entreprise de pompes funèbres. Selon les déclarations du directeur du CHT, « *En moyenne, (la famille) a entre 2 et 5 heures pour faire son choix. Elle peut changer d'avis tant que le corps n'a pas été enlevé* »²⁰. Le choix de l'entreprise de pompes funèbres est recueilli « *par l'infirmier responsable du patient sur la fiche intitulée 'recueil du choix de la famille'* »²¹.
17. Le gestionnaire de la salle de dépôt réfrigéré, c'est-à-dire la société Transfunéraire, est ensuite l'intermédiaire avec la société de pompes funèbres désignée par la famille du défunt, ainsi que l'indique le directeur du CHT : « *l'entreprise attributaire récupère le document intitulé 'recueil du choix de la famille' avec le certificat de décès. Il complète le registre de traçabilité et appelle ensuite la société de PF désignée par la famille* »²².
18. Le document intitulé « *recueil du choix de l'opérateur funéraire* »²³ a été mis en place suite à l'entretien du 14 janvier 2019 entre le gérant de la société Transfunéraire et le chef de service achat et patrimoine du CHT : « *Afin de tracer la décision de la famille, il a été proposé à M. HURYN de fournir aux personnels soignants un document à compléter et à signer dans lequel ils préciseront la société désignée par la famille* »²⁴.
19. Toutefois, la fiche de recueil du choix de l'opérateur funéraire ne remplace pas le mandat exigé ensuite pour l'admission du corps à la morgue municipale de Nouméa, comme le

¹⁶ Voir l'article 1 du marché de gé à gré de fournitures courantes et de services du CHT n° 2018/260, annexe 102, cote 3180.

¹⁷ *Ibid.*, cote 3179.

¹⁸ Voir CCAP du 8 août 2019, annexe 107, cote 3276, voir également la consultation du 10 août 2018 article 5, annexe 133, cote 3217 et 3218

¹⁹ Voir fiche recueil du choix de l'opérateur funéraire annexe 94, cote 3148 : « *le corps devra quitter le CHT le lendemain matin* ».

²⁰ Voir procès-verbal d'audition CHT du 21 octobre 2020, annexe 90, cote 3123.

²¹ Voir procès-verbal d'audition CHT du 21 octobre 2020, annexe 90, cote 3118.

²² *Ibid.*, cote 3119.

²³ Voir fiche recueil du choix de l'opérateur funéraire annexe 94, cote 3148.

²⁴ Voir le compte rendu d'entretien avec M. Richard HURYN du 14 janvier 2019 annexe 129, cote 3350.

souligne le directeur de la vie citoyenne de la ville de Nouméa « *le mandat est pour nous obligatoire, c'est ce qui sera remis au CFM [centre funéraire municipal]* »²⁵.

20. Lorsqu'aucune société de pompes funèbres n'a été désignée, il est prévu de faire appel au « *planning de garde* » (voir ci-après). Cette procédure est rappelée sur la fiche de recueil de choix de l'opérateur funéraire : « *A défaut de choix de votre part, il [le responsable de la salle de dépôt des corps du CHT] sollicitera le transporteur funéraire en fonction de la liste de permanence en vigueur pour un transfert vers la morgue de Nouméa. Cette liste est à votre disposition auprès du personnel soignant. Les personnels hospitaliers ne doivent en aucun cas orienter ce choix* »²⁶.
21. La société Transfunéraire a été reconduite dans ces fonctions jusqu'au 1^{er} avril 2021 par différents moyens, à savoir :
 - Le marché de gré à gré de fournitures courantes et de services du CHT n° 2018/260 du 11 octobre 2018 au 10 octobre 2019²⁷;
 - « *sur simples factures* »²⁸ entre le 11 octobre et le 4 novembre 2019 ;
 - Le marché de gré à gré de fournitures courantes et de services du CHT n° 2019/201 du 05 novembre 2019 au 4 novembre 2020 ;
 - « *En prestation sur simple facture du 05 au 30 novembre 2020* »²⁹ ;
 - Le contrat n° 20C146 conclu entre le CHT la société Transfunéraire, confiant à cette dernière « *la gestion de la salle de dépôt réfrigéré ainsi que la prise en charge des patients décédés CHT, 24 heures sur 24 heures et 7 jours sur 7 jours* »³⁰, « *pour une durée allant du 1^{er} décembre 2020 au 1^{er} avril 2021 à 12h00* »³¹.
22. Evoquant les consultations lancées par le CHT pour la gestion de sa salle de dépôt réfrigéré, le directeur du CHT Gaston Bourret a souligné : « *A la première consultation, trois entreprises y ont répondu : Transfunéraire, PFC, PFN. A la deuxième consultation, deux entreprises y ont répondu : Transfunéraire et PFC. Par rapport à nos estimations et après avoir consulté notre avocat, [...], nous avons choisi l'entreprise Transfunéraire (...)* »³².
23. De plus, le directeur du CHT a informé le service d'instruction que les missions, auparavant confiées à la société Transfunéraire, sont à nouveau assurées par le personnel de l'hôpital depuis le 1^{er} avril 2021³³.

b. Les listes et le planning de garde d'opérateurs funéraires du CHT

24. Le CHT a mis en place un planning d'opérateurs funéraires de garde³⁴ dont le but et le fonctionnement ont été exposés par le directeur du CHT lors de son audition par le service d'instruction : « *A défaut de choix ou en l'absence de famille, l'entreprise attributaire appelle*

²⁵ Voir le procès-verbal d'audition de la mairie de Nouméa du 7 octobre 2020, annexe 18, cote 77.

²⁶ Voir fiche recueil du choix de l'opérateur funéraire annexe 94, cote 3148.

²⁷ *Ibid.*, cote 3180.

²⁸ Voir le courrier du directeur du CHT du 29 mars 2021, annexe 196.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Voir l'article 1^{er} du contrat n° 20C146 conclu entre le CHT et la société Transfunéraire, annexe 194 cote 52286

³¹ Voir l'article 4 du contrat n° 20C146 conclu entre le CHT et la société Transfunéraire, annexe 194 cote 52287

³² Annexe 90, cote 3121.

³³ Voir le courriel du directeur du CHT du 20 janvier 2021, annexe 193, cote 52283 ; le courrier du directeur du CHT du 1^{er} juin 2021, annexe 197, cote 52491.

³⁴ Il s'agit des opérateurs funéraires du Grand Nouméa énoncés *supra* ainsi que de la société Bourail Funéraire et de Robert Dominé sous les enseignes « *Entreprise de Transports Mortuaires* » et « *Funéraires de La Foa* » pour le transport de corps avant mise en bière vers la brousse (voir les plannings du CHT, annexe 105, cotes 908 à 917).

le transporteur de corps de garde conformément au planning³⁵ (...) en l'absence de famille ou pour un corps non identifié, un courrier est signé du directeur du CHT. Le CHT prend en charge les frais de transport et le séjour du corps à la morgue de Nouméa pour une durée maximale de trois jours. A ma connaissance, il est rarement fait appel au planning. Environ quinze fois par an. »³⁶.

25. Ainsi, à défaut, pour la famille du défunt, d'avoir choisi un opérateur funéraire pouvant assurer le transport avant mise en bière du corps de leur proche, ou en l'absence de famille, le CHT désigne, sur la base de son planning de garde des opérateurs funéraires, la société de permanence.
26. Bien que le directeur du CHT ait déclaré lors de son audition, que « *de manière générale, aucune liste des opérateurs funéraires n'est accessible au public* »³⁷, il ressort de l'instruction qu'il existe plusieurs listes d'opérateurs de pompes funèbres, différentes d'un service à l'autre au sein du CHT³⁸, communiquées par le personnel soignant aux familles de patients décédés afin de les aider à choisir l'opérateur qui assurera le transport du corps avant mise en bière au départ du CHT³⁹.
27. Par ailleurs il a notamment été relevé par le service d'instruction que le planning de rotation d'opérateurs de pompes funèbres du CHT peut également servir de liste d'opérateurs de pompes funèbres afin d'aider les familles à faire le choix de celui qui assurera le transport du corps avant mise en bière au départ du CHT⁴⁰.
28. Ceci est d'ailleurs confirmé par le directeur du CHT qui a déclaré lors de son audition : « *A la demande des familles du défunt, lorsqu'elle ne sait pas quel opérateur désigner, on leur indique les différents transporteurs de corps présents sur notre planning de permanence* »⁴¹.
29. Selon le directeur du CHT, « *un certain nombre de sociétés de ce planning sont des sociétés satellites d'opérateurs funéraires.* »⁴². C'est aussi le constat de la Direction des Affaires Economiques qui indique dans son rapport au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qu' : « *Il s'avère que les sociétés de pompes funèbres ont créé d'autres entreprises, dont l'actionnariat est similaire, afin d'occuper un maximum de créneaux dans ce planning. Ainsi si le planning fait état de 13 sociétés, 70 % des créneaux sont occupés par trois sociétés* »⁴³.
30. C'est également ce que confirme le gérant de la société Pompes Funèbres Nouméennes (« ci-après, la société « PFN ») : « *Nous avons créé plusieurs sociétés pour obtenir des permanences sur le planning du CHT qui est une importante source d'activité. En 2000, quand nous nous sommes installés dans le secteur, les autres sociétés de pompes funèbres PFC et Transfunéraire, avaient plusieurs sociétés pour prendre des permanences sur le planning* »⁴⁴.

³⁵ Voir l'audition du directeur du CHT, annexe 103, cote 900.

³⁶ *Ibid.*, cote 904.

³⁷ Voir l'audition du directeur du CHT, annexe 115 cote 3122.

³⁸ Voir la liste d'opérateurs funéraires du service oncologie du CHT, annexe 100, cote 3174 et celle du service du service gériatrie, annexe 101, cote 3176.

³⁹ Voir le procès-verbal de constat du 21 octobre 2020, annexe 116, cote 3129.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Voir l'audition du directeur du CHT, annexe 115, cote 3119.

⁴² Voir l'audition du directeur du CHT, annexe 90, cotes 3124.

⁴³ Voir le rapport de la DAE au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, annexe 186, cote 52536

⁴⁴ Voir l'audition du gérant de la société PFN : VC, annexe 112, cote 939 ; VNC, annexe 113, cote 957.

B. L'entreprise mise en cause : le groupe Transfunéraire

31. La pratique décisionnelle de l'Autorité a rappelé que la notion d'entreprise était large en droit de la concurrence et pouvait inclure toutes les entités appartenant à un même groupe⁴⁵.
32. Cette interprétation de la notion d'entreprise est conforme aux pratiques décisionnelles métropolitaine et européenne⁴⁶, le juge de l'Union Européenne ayant notamment souligné que :
 - La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement⁴⁷ ;
 - Elle doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales⁴⁸ ;
 - Ainsi, différentes sociétés appartenant à un même groupe constituent une entité économique, et donc une entreprise, si ces sociétés ne déterminent pas de façon autonome leur comportement sur le marché⁴⁹.
33. C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle sur lequel repose le droit de la concurrence de l'Union⁵⁰.
34. Par conséquent, lorsqu'une entreprise, comprise comme une unité économique comportant plusieurs personnes morales, commet une infraction au droit de la concurrence, chaque personne morale composant cette entreprise peut être tenue individuellement responsable de ces comportements, dans la mesure où elle ne constitue qu'un démembrement de l'unité économique ayant mis en œuvre les pratiques poursuivies.
35. En l'espèce, l'entreprise mise en cause comprend les sociétés Transfunéraire, Pompes Funèbres Transfunéraire et Transport de Corps. Ces trois sociétés constituent le groupe

⁴⁵ « *La notion d'entreprise en droit de la concurrence est large et inclut le chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie par l'ensemble des entreprises appartenant à un même groupe* » (voir les décisions de l'Autorité n° 2020-DCC-08 du 20 juillet 2020 relative à l'acquisition du contrôle conjoint de la SAS Urban Solar par la Société d'équipement de la Nouvelle Calédonie (SECAL) aux côtés de la SAS Enercal Energies Nouvelles (EEN), et n° 2020-DCC-09 du 29 juillet 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL HCV et de sa filiale la SARL Contact & Vous par la SARL Sogesti).

⁴⁶ Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple ; l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18 ; les arrêts CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. 1-8237 ; CJCE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, Rec. 2011 p. 1-2239 ; CJCE, 29 septembre 2011, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, Rec. 2011 p. 1-8947.

⁴⁷ Voir l'arrêt CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser/Macrotron GmbH, C-41/90, Rec. I p.1979.

⁴⁸ Voir les arrêts CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. 1-8237, point 55 ; CJCE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, Rec. 2011 p. 1-2239, point 95 ; CJCE, 29 septembre 2011, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, Rec. 2011 p. 1-8947, point 53 ; Cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18.

⁴⁹ Voir l'arrêt CJUE, 1er juillet 2010, AstraZeneca / Commission, T-321/05, Rec p.II-2805.

⁵⁰ Voir notamment les arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. p. I-08237, points 55 et 56, et du 20 janvier 2011, General Química/Commission, C-90/09 P, Rec. p. I-0001, point 36 ; voir, également l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., p. 18 et 20.

Transfunéraire et ont toutes pour gérant Monsieur Richard Huryn. Elles sont également domiciliées à la même adresse⁵¹.

36. Monsieur Huryn a déclaré lors de son audition : « *J'ai l'EURL Transfunéraire, qui appartient à la SARL Pompes Funèbres Transfunéraire. J'ai aussi la SARL Transport de corps. Mon frère détient 1% de la société Pompes Funèbres Transfunéraire, je détiens les 99% restants* »⁵².
37. Il a précisé que « *Lorsque la société PFC a multiplié les sociétés pour apparaître sur le tour de garde du CHT, j'ai fait de même* »⁵³. De fait, les trois sociétés figurent au planning 2020 des opérateurs funéraires du CHT⁵⁴.

1. La SARL Transfunéraire

38. La société Transfunéraire est une société à responsabilité limitée à associé unique⁵⁵.
39. L'activité de la SARL Transfunéraire telle que définie à l'extrait Kbis de la société correspond à « *l'exploitation d'un fond de commerce de prestations diverses relatives au décès et notamment tous services funéraires concernant la préparation et les soins de conservation des corps, le transport des personnes avant mise en bière, et plus généralement, toutes opérations et prestations commerciales y attachées directement ou indirectement* »⁵⁶.
40. Son gérant a déclaré au service d'instruction : « *Transfunéraire ne réalise que des prestations de transport de corps et de soin du corps* »⁵⁷.
41. En 2020, le chiffre d'affaires de la société Transfunéraire s'est établi à 11 972 500 F. CFP.

2. La SARL Pompes Funèbres Transfunéraire

42. La société Pompes Funèbres Transfunéraire (PFT) est une société à responsabilité limitée dont l'activité est l'« *Importation, vente, fabrication ainsi que l'exploitation de tous produits, accessoires et services funéraires* »⁵⁸.
43. Son gérant a précisé que « *La société PFT offre des prestations de transport de corps, de soin de corps des défunts, d'organisation des obsèques incluant le fossoyage, d'incinération. Nous avons aussi une activité de marbrerie. Notre service prend en charge le défunt de son lieu de décès jusqu'au lieu d'inhumation ou de crémation. La marbrerie n'est pas une prestation de PF en tant que telle.* »⁵⁹
44. En 2020, la société PFT a réalisé un chiffre d'affaires de 125 618 393 F. CFP.

⁵¹ Voir extraits Kbis : pompes funèbres Transfunéraire, Transfunéraire et Transport de corps : annexe 82, 83 et 84.

⁵² Voir le procès-verbal d'audition de la société Pompes funèbres Transfunéraire du 3 novembre 2020, annexe 32, cote 91.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Voir le planning 2020 des sociétés mortuaires intervenant au CHT annexe 99.

⁵⁵ Voir l'extrait Kbis de la SARL Transfunéraire, annexe 83 cotes 2038 et 2039.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Voir le procès-verbal d'audition de la société Pompes funèbres Transfunéraire du 3 novembre 2020, annexe 32, cote 92.

⁵⁸ Voir l'extrait Kbis de la SARL Pompes funèbres Transfunéraire annexe 82.

⁵⁹ Voir le procès-verbal d'audition de la société Pompes funèbres Transfunéraire du 3 novembre 2020, annexe 32, cote 91.

3. La SARL Transport de Corps

45. L'activité de la SARL Transport de corps telle que définie à l'extrait Kbis correspond à « *L'exploitation de tous fonds de commerce de prestations diverses relatives au décès...* ». ⁶⁰
46. Selon les déclarations de son gérant, « *la société Transport de Corps réalise uniquement des prestations de transport de corps.* » ⁶¹
47. L'examen des factures de la SARL Transport de Corps révèle notamment que des transports de corps avant mise en bière ont été effectués alors que la société PFT a été désignée par la famille et que la grande majorité des prestations réalisés le sont pour le compte de la SARL PFT. ⁶²
48. Ainsi, sur l'ensemble des 13 factures de la SARL Transport de Corps pour l'année 2020, 9 d'entre elles sont des prestations réalisées pour le compte de la SARL PFT ⁶³.
49. Le chiffre d'affaires de la société Transport de Corps est de 5 048 442 F. CFP pour l'année 2020.

C. Les pratiques constatées

50. La notification de griefs relève que la position de gestionnaire de la salle de dépôt réfrigéré du CHT était susceptible, d'une part, de créer la confusion dans l'esprit des familles des défunts et pouvait les inciter à recourir aux services de la société Transfunéraire pour l'ensemble des opérations de funérailles.
51. Elle reproche également à la société Transfunéraire d'avoir profité de cette situation monopolistique pour capter de la clientèle sur le site du CHT et à distance au moyen des coordonnées téléphoniques collectées par la société Transfunéraire pour leur proposer ses services funéraires au détriment de ses concurrents.

1. La confusion entretenue auprès des familles par la société Transfunéraire entre ses activités déléguées par le CHT et ses activités de pompes funèbres

52. Dans le cadre de sa mission, le gestionnaire de la salle de dépôt des corps déplace les corps des défunts depuis la chambre en service de soins vers la salle de dépôt réfrigéré. Au cours de l'exécution de cette prestation, il arrive que le gestionnaire rencontre les familles de défunts qui se rendent au CHT pour se recueillir après le décès d'un proche. En effet, le directeur du CHT a déclaré lors de son audition « Il peut arriver que l'entreprise attributaire vienne chercher le corps lorsque la famille se trouve dans la salle du patient décédé » ⁶⁴ (soulignement ajouté).
53. Le gestionnaire de la salle de dépôt réfrigéré a toutefois précisé : « Il peut arriver que je croise les familles dans la chambre mortuaire. Il arrive qu'on me demande des compléments d'informations sur le déroulement à venir. Lorsque j'interviens dans la chambre du défunt,

⁶⁰ Voir extrait Kbis Transport de corps annexe 84.

⁶¹ Voir le procès-verbal d'audition de la société Pompes funèbres Transfunéraire du 3 novembre 2020 annexe 32, cote 92.

⁶² Voir les factures 2020 de la SARL Transport de corps annexe 79

⁶³ Voir fiche de recueil de choix de l'opérateur funéraire annexe 48, cote 433, factures Transfunéraire annexe 75 cote 1621, facture Transfunéraire cote 1619, facture Transfunéraire cote 1622, facture Transfunéraire cote 1524, facture Transfunéraire cote 1624, facture Transfunéraire cote 1521, facture Transfunéraire 1522, facture Transfunéraire réquisition de police annexe 81, cote 2016.

⁶⁴ Voir procès-verbal d'audition du CHT du 21 octobre 2020, annexe 90, cotes 3118 à 3119.

j'ai un badge de l'hôpital. Les familles me voient comme un personnel de l'hôpital. Il n'y a donc pas de confusion possible. J'ai une blouse blanche jetable avec gants et masques »⁶⁵ (soulignement ajouté).

54. L'article 5 du règlement particulier de consultation encadre la tenue du personnel de la salle de dépôt réfrigéré : « *Le personnel se doit de porter une tenue correcte et identifiable vis-à-vis de ses interlocuteurs, soignants et proches du décédé. Le nom de la société ne devra pas y figurer pour éviter toute confusion avec son activité professionnelle hors CHT. Il agit en toutes circonstances de manière objective et impartiale, quel que soit son interlocuteur (opérateurs funéraires, familles...)* »⁶⁶.
55. Le directeur du CHT a précisé lors de son audition : « *On a demandé à ce que les employés du prestataire n'aient pas de tenue mais un badge pour qu'il soit identifiables par le personnel mais pas par les familles pour éviter la publicité. Les employés du gestionnaire sont en tenue civile, ils ne portent pas de blouse. Les employés du gestionnaire ne sont pas en interface avec la famille. Ils sont uniquement en interaction avec le personnel* »⁶⁷ (soulignements ajoutés).
56. Le personnel de la société Transfunéraire n'est donc pas censé être identifié en sa qualité d'opérateur funéraire.
57. Il ressort pourtant de témoignages recueillis lors de l'instruction que la qualité d'opérateur funéraire du gestionnaire de la chambre mortuaire a été à plusieurs occasions révélée aux familles de défunts par le personnel soignant ou par celui de la société Transfunéraire sans qu'aucune information sur la possibilité des familles d'avoir le choix de leur opérateur funéraire n'ait été transmise.
58. En effet, la famille n° 3 a déclaré : « *Nous avons appris le décès de ma mère sur place, à l'hôpital. Dans la chambre, une infirmière est venue éteindre les appareils. En sortant de la chambre, l'infirmière nous a informé qu'il y avait une société de pompes funèbres de garde, que le monsieur allait venir pour prendre mes coordonnées. On ne nous a jamais informé de la nécessité de choisir une société de pompes funèbres. On ne nous a pas présenté de liste avec d'autres sociétés de pompes funèbres. A ce moment, je ne me suis pas posé la question. Lorsque l'on m'a dit qu'il y avait une société de garde, j'ai pensé naturellement que c'était elle qui devait s'occuper de ma mère (...)* Un monsieur s'est ensuite présenté à nous à l'hôpital, dans le couloir de la chambre de ma mère. Il nous a expliqué qu'il travaillait pour une société de pompes funèbres et nous a détaillé la suite des opérations. Il me semble qu'il est arrivé avec un brancard. Il était habillé en civil. Il a pris mes coordonnées : nom, prénom et numéro de téléphone. Il m'a ensuite informé que le corps de ma mère serait déplacé en chambre froide. »⁶⁸ (soulignement ajouté).
59. La famille n° 4 a confirmé n'avoir reçu aucune information sur la nécessité de choisir un opérateur funéraire ni aucune liste pour faire ce choix : « *Suite au décès de mon père le dimanche au CHT, j'ai été contactée par le personnel soignant le lendemain pour m'informer du décès (...)* Je me suis rendue ensuite au CHT vers 9 heures, le personnel soignant m'a alors informé que le corps de mon père avait été déplacé à la morgue. A aucun moment le personnel soignant ne m'a informé de la nécessité de choisir une entreprise de pompes funèbres. On ne m'a pas contacté avant que le corps de mon père soit transféré je n'ai pas été informé de l'endroit exact où mon père avait été déplacé »⁶⁹ (soulignement ajouté).

⁶⁵ Voir le procès-verbal d'audition Transfunéraire annexe 32, cote 96

⁶⁶ Voir le règlement particulier de consultation du 08 aout 2019 annexe 96, cote 3156.

⁶⁷ Voir le procès-verbal d'audition du directeur du CHT annexe 90, cote 3122

⁶⁸ Voir procès-verbal de déclarations famille 3, annexe 175, cote 3984.

⁶⁹ Voir procès-verbal de déclarations famille , annexe 177, cote 3995.

60. De même, la famille n° 2 a déclaré : « Je suis allé directement au Médipôle, une personne des pompes funèbres attendait devant la chambre elle m'a donné sa carte de visite et proposé ses services funéraires. Je pensais que c'était un agent de l'hôpital qui s'occupait de transporter les corps. Le personnel soignant m'a indiqué que cette personne était en charge de transporter les corps à destination des caissons réfrigérés de l'hôpital et que cette personne pouvait également s'occuper des obsèques. Tout de suite en sortant de l'hôpital dans un local à proximité j'ai vu l'enseigne qui était la carte de visite à savoir la société Transfunéraire. On ne m'a jamais présenté de liste des entreprises de pompes funèbres. »⁷⁰ (Soulignement ajouté).

2. La captation de clientèle par la société Transfunéraire au CHT

61. Le gestionnaire de la chambre mortuaire dispose d'un bureau à proximité immédiate des caissons réfrigérés. Ce local est utilisé pour l'exercice de ses missions prévues à l'article 6 du CCAP, selon lequel l'entreprise attributaire doit « compléter le registre de traçabilité (Annexe 3 du règlement particulier) présent dans la salle de dépôt réfrigéré au regard des éléments communiqués par le personnel soignant du service de soins »⁷¹.
62. L'article 7 du CCAP prévoit que : « Le contact de la famille doit avoir été pris au préalable par le personnel du service de soins concerné. Il doit être noté par l'agent dans le formulaire présent dans la salle de dépôt réfrigéré afin de contacter les proches du défunt en cas de besoin. La liste des entreprises habilitées doit être affichée à l'entrée des locaux de la salle de dépôt réfrigéré. Elle est mise à jour chaque semestre. La liste doit comprendre le nom, l'adresse complète et le numéro de téléphone des opérateurs funéraires habilités. »⁷² (Soulignement ajouté).
63. Or, le service d'instruction, lors de la visite du CHT, a constaté qu'aucune liste des entreprises habilitées n'était affichée à l'entrée de la salle de dépôt réfrigéré⁷³.
64. En outre, bien qu'il soit explicitement prévu par l'article 8 du CCAP qu'« Aucun document de nature commerciale ne doit être visible au sein de la salle de dépôt réfrigéré »⁷⁴, le service d'instruction a constaté, lors de la visite de la salle de dépôt réfrigéré du 21 octobre 2020, la présence de nombreux documents commerciaux à en-tête de la société PFT⁷⁵.
65. Il s'agissait, d'une part, de mandats vierges confiant l'exécution du transport de corps à la société Transfunéraire⁷⁶ et, d'autre part, de prospectus publicitaires à entête de la société PFT faisant fonction de « pense-bête » s'agissant des documents à fournir pour les démarches administratives suite au décès. Le mandat vierge à en-tête de la société PFT est utilisé pour contractualiser la relation commerciale avec les familles de défunts ; il est, en outre, indispensable à l'admission d'un défunt au CFM, comme exposé *supra*.
66. Interrogé sur la présence de ces documents commerciaux au sein de la salle de dépôt réfrigéré le gérant de la société Transfunéraire a déclaré au service d'instruction : « Ce peut être de la malveillance de Steve, mon salarié, qui aurait laissé un document commercial à la chambre mortuaire. En général les familles viennent dans nos locaux à Belle-Vie pour signer le

⁷⁰ Voir procès-verbal de déclaration famille 2, annexe 173, cote 3976.

⁷¹ Voir le CCAP du 8 août 2019 article 6, annexe 121, cote 3277

⁷² Annexe 121, cote 3278.

⁷³ Voir le PV de constat CHT du 21/10/2020 annexe 91, cote 3129.

⁷⁴ Voir le CCAP du 8 août 2019 article 8, annexe 121, cote 3279.

⁷⁵ Voir procès-verbal de constat CHT du 21 octobre 2020 annexe 91.

⁷⁶ *Ibid.*, figure 11, cote 3140.

mandat. Cela ne se fait pas à la chambre mortuaire. »⁷⁷ Le directeur du CHT a confirmé que « La famille n'accède pas à la salle de dépôt »⁷⁸ (Soulignement ajouté).

67. Néanmoins, un membre du personnel soignant du CHT, interrogé sur la manière dont s'opère le recueil du choix de l'opérateur funéraire auprès des familles, a déclaré : « les familles et le prestataire descendent à la morgue en bas pour régler cette question »⁷⁹ (soulignement ajouté).
68. De plus, la transmission de documents commerciaux de la société Transfunéraire aux familles des défunts et leur démarchage au CHT est notamment corroborée par les témoignages des familles n° 2 et 3 précités

Famille n° 2 : « Je suis allé directement au Médipôle, une personne des pompes funèbres attendait devant la chambre (...) m'a donné sa carte de visite et proposé ses services funéraires. (...). Je suis allé le lendemain à l'adresse indiquée sur la carte de visite à savoir l'agence Transfunéraire de "Belle-Vie" »⁸⁰ (soulignements ajoutés).

Famille n° 3 : « Un monsieur s'est ensuite présenté à nous à l'hôpital, dans le couloir de la chambre de mère. Il nous a expliqué qu'il travaillait pour une société de pompes funèbres et détaillé la suite des opérations. Il me semble qu'il est arrivé avec un brancard. Il était habillé en civil. Il a pris mes coordonnées : nom, prénom et numéro de téléphone. Il m'a ensuite informé que le corps de ma mère serait déplacé en chambre froide. Dans le même temps, il m'a remis un document de sa société avec un numéro de téléphone à contacter. Le lendemain, un monsieur m'a ensuite appelé pour convenir d'un rendez-vous à l'agence de sa société de pompes funèbres, qui se trouve juste à côté de la station Mobil Il m'a ensuite présenté les tarifs de ses prestations et les cercueils. On m'a informé du jour et de l'heure de la veillée à la morgue de Nouméa. J'ai trouvé l'approche directe, pas forcément très humaine »⁸¹ (Soulignements ajoutés).

3. La captation de clientèle par téléphone par la société Transfunéraire au moyen des coordonnées collectées au CHT

69. Pour l'exercice de sa mission de gestionnaire de la salle de dépôt, la société Transfunéraire dispose de l'ensemble des informations nécessaires au traitement administratif du dossier du défunt et en particulier les coordonnées des familles⁸².
70. En effet, l'article 4 du CCAP prévoit que « seul le personnel en charge de la salle de dépôt des corps est habilité à se rendre dans les services de soins et à recueillir, auprès du personnel soignant, les informations nécessaires à la prise en charge du corps »⁸³ (soulignement ajouté).
71. De plus, l'article 7 du CCAP précise que : « Le contact de la famille doit avoir été pris au préalable par le personnel du service de soins concerné. Il doit être noté par l'agent dans le formulaire présent dans la salle de dépôt réfrigéré afin de contacter les proches du défunt en cas de besoin (...) »⁸⁴ (soulignement ajouté).
72. Lorsqu'aucun opérateur funéraire n'a été désigné, le gestionnaire de la chambre mortuaire doit donc contacter les familles pour les informer qu'il a pris en charge le corps pour le placer dans

⁷⁷ Voir le procès-verbal d'audition Transfunéraire annexe 32, cote 98.

⁷⁸ Voir l'audition du CHT annexe 90, cote 3120.

⁷⁹ Voir le PV de constat CHT du 21/10/2020 annexe 91, cote 3129.

⁸⁰ Voir le procès-verbal de déclaration de la famille 2, annexe 173, cote 3976.

⁸¹ Voir le procès-verbal de déclaration de la famille 3, annexe 175, cote 3985.

⁸² Voir fiches : recueil du choix de l'opérateur funéraire comportant les coordonnées des familles annexes 36 à 57

⁸³ Voir le CCAP 2019 annexe 126, cote 3320.

⁸⁴ Voir le CCAP 2019 annexe 126, cote 3322.

la chambre mortuaire de l'hôpital et peut donc, le cas échéant, proposer ses services funéraires avant toute autre société de pompes funèbres.

73. C'est ainsi que la société Transfunéraire a contacté la famille n° 4 par téléphone pour récupérer le corps du défunt puisque celle-ci ne s'était pas manifestée auprès du CHT, n'ayant pas été informée par le personnel soignant de la nécessité de choisir un opérateur funéraire. Il ressort toutefois de ce témoignage que la société Transfunéraire a pu, à cette occasion, proposer ses services funéraires à cette famille en premier et qu'elle n'a pas pris la précaution de lui préciser qu'elle pouvait choisir un autre opérateur : « *Le lundi soir la société de pompes funèbres Transfunéraire m'appelle pour savoir si je souhaite passer par eux pour prendre en charge les obsèques de mon père. Je ne souhaitais pas m'engager au téléphone, je voulais voir avec ma famille. Je lui ai dit que je passerai à l'agence le lendemain pour faire un devis. Je me suis rendue à l'agence Transfunéraire le lendemain à 8 heures environ pour faire le devis, la secrétaire m'a demandé d'avancer la moitié de la somme pour entamer les démarches soit 150 000 F. Je lui ai dit que j'allais réfléchir et voir avec la famille (...) Sur les conseils de mon conjoint, je suis allé voir la société PFC à Moselle qui proposait des facilités de paiement, j'ai donc choisi cette entreprise* »⁸⁵.
74. Enfin, le témoignage de la famille n°3 cité au point 58 montre que la société Transfunéraire l'a démarché par téléphone grâce aux coordonnées recueillies dans le cadre de sa mission au CHT, pour lui proposer de nouveau ses services, après l'avoir déjà démarché au CHT⁸⁶.

D. Les griefs notifiés

75. Le 3 septembre 2021, le service d'instruction a notifié les griefs suivants :

« **Grief n° 1 :**

Il est fait grief :

- *A la société Transfunéraire, en tant qu'auteur des pratiques ;*
- *A la société Transport de corps ; en tant qu'auteur des pratiques ;*
- *A la société Pompes Funèbres Transfunéraire en tant que société mère de Transfunéraire ;*

D'avoir entre le 11 octobre 2018 et le 1^{er} avril 2021 abusé, sur le marché des services funéraires proposés aux familles, de la position dominante détenue sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps au CHT en se présentant auprès des familles des patients décédés au CHT comme une société de pompes funèbres alors qu'elle intervient en qualité de gestionnaire de la salle de dépôt de corps de cet établissement de santé, entretenant la confusion auprès des familles entre les activités qui lui ont été déléguées par le CHT et ses activités de prestataire de services funéraires, et portant ainsi atteinte au libre choix des familles pour un opérateur concurrent.

Cet ensemble de comportement est susceptible d'avoir eu pour effet de fausser la concurrence sur le marché des services funéraires proposés aux familles de défunts. et constitue une pratique prohibée par l'article Lp. 421-2 du code de commerce.

76. **Grief n° 2 :**

Il est fait grief :

- *A la société Transfunéraire, en tant qu'auteur des pratiques ;*

⁸⁵ Voir procès-verbal de déclarations famille , annexe 177, cote 3995.

⁸⁶ Voir procès-verbal de déclarations famille 3, annexe 175, cote 3984.

- A la société Transport de corps ; en tant qu'auteur des pratiques ;
- A la société Pompes Funèbres Transfunéraire en tant que société mère de Transfunéraire ;

D'avoir entre le 11 octobre 2018 et le 1^{er} avril 2021 abusé, sur le marché des services funéraires proposés aux familles, de la position dominante détenue sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps du CHT en proposant aux familles des patients décédés au CHT des prestations de services funéraires dans l'enceinte de cet établissement de santé, au moyen de carte de visite, dépliants commerciaux et formulaires de mandat à renseigner par les familles.

Cet ensemble de comportement est susceptible d'avoir eu pour effet de fausser la concurrence sur le marché des services funéraires proposés aux familles de défunts. et constitue une pratique prohibée par l'article Lp. 421-2 du code de commerce.

77. **Grief n° 3 :**

Il est fait grief :

- A la société Transfunéraire, en tant qu'auteur des pratiques ;
- A la société Transport de corps ; en tant qu'auteur des pratiques ;
- A la société Pompes Funèbres Transfunéraire en tant que société mère de Transfunéraire ;

D'avoir entre le 11 octobre 2018 et le 1^{er} avril 2021 abusé, sur le marché des services funéraires proposés aux familles, de la position dominante détenue sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps au CHT en contactant les familles des patients décédés au CHT par téléphone, au moyen des coordonnées qu'elle a pu récupérer en sa qualité de gestionnaire de la salle de dépôt de corps de cet établissement de santé, d'une part, en leur proposant de se rendre directement à son agence, d'autre part.

Cet ensemble de comportement est susceptible d'avoir eu pour effet de fausser la concurrence sur le marché des services funéraires proposés aux familles de défunts. et constitue une pratique prohibée par l'article Lp. 421-2 du code de commerce. »

II. Discussion

78. Le 3 décembre 2021, la société Transfunéraire a déposé des observations écrites par lesquelles elle conteste la compétence de l'Autorité à se prononcer (A) ainsi que les griefs qui lui ont été notifiés en raison de l'absence d'éléments suffisamment probants (B). Elle a également développé ses arguments oralement lors de la séance devant l'Autorité.

A. Sur la compétence de l'Autorité

79. La société Transfunéraire soulève à titre liminaire que la convention qui la lie au CHT relève d'une « mission de service public qui n'entre pas dans le périmètre de compétence de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie »⁸⁷.
80. En réponse, l'Autorité rappelle que sa compétence est strictement encadrée par le code de commerce : il lui appartient de veiller au fonctionnement concurrentiel des marchés en Nouvelle-Calédonie et notamment de se saisir des situations susceptibles d'entrer dans le

⁸⁷ Annexe 219, cote 52708.

champ du titre II du code de commerce, comme le prévoit l'article Lp. 462-5 du code de commerce.

81. Le juge administratif est quant à lui chargé de contrôler la régularité des actes administratifs pris par les personnes publiques.
82. Néanmoins, les personnes publiques sont dans certaines circonstances également soumises au droit de la concurrence. La jurisprudence issue de la décision du Tribunal des conflits « Aéroports de Paris » en date du 18 octobre 1999, souligne de façon constante que les activités des personnes publiques intervenant dans la sphère économique, de façon détachable de leurs prérogatives de puissance publique, peuvent être qualifiées par les autorités de concurrence et par le juge judiciaire qui les contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante.
83. En l'espèce, les actes du CHT Gaston Bourret, et notamment la convention passée avec la société Transfunéraire, ne sont pas remis en cause dans la notification de griefs du service d'instruction et ne sont donc pas examinés dans le cadre de la présente procédure.
84. S'agissant de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré du CHT, le Conseil d'Etat a, de longue date, considéré que « *Dans les établissements de santé où il existe, à titre obligatoire ou volontaire, cet équipement [chambre mortuaire] n'est pas plus dissociable que les autres de l'ensemble des activités de l'établissement, et son utilisation n'a pas, par elle-même, le caractère d'une mission de service public* » (soulignement ajouté).⁸⁸
85. Il n'y a pas lieu de remettre en cause cette analyse au cas présent.
86. Il en résulte que la société Transfunéraire ne peut pas arguer avoir mis en œuvre « *une mission de service public* » sur le marché amont de la prise en charge des corps des patients décédés au CHT Gaston Bourret et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré, pour écarter la compétence de l'Autorité à venir contrôler son comportement sur ce marché, comme sur celui des services funéraires proposés aux familles.
87. En effet, si l'Autorité ne questionne pas le processus de mise en concurrence des opérateurs funéraires dans le cadre de la consultation lancée en 2018 par le CHT pour la gestion de sa salle de dépôt réfrigéré - car il reviendrait au juge administratif d'en contrôler, le cas échéant, la légalité - elle est cependant fondée à vérifier que les pratiques de l'entreprise attributaire ne sont pas dommageables à la concurrence, en particulier sur les marchés connexes.
88. La pratique décisionnelle de l'autorité métropolitaine illustre abondamment ce cas de figure, y compris dans le secteur des pompes funèbres. Ainsi dans une décision n° 17-D-13 du 27 juillet 2017 l'autorité métropolitaine a-t-elle sanctionné un opérateur de pompes funèbres pour avoir « *mis en œuvre une pratique de discrimination tarifaire sur le marché local des services de crémation à destination des entreprises de pompes funèbres, dans les parties nord et est de l'arrondissement de Bourg-en-Bresse, par application d'un tarif supplémentaire pour les prestations de crémation dont elle avait la charge dans le cadre de la délégation de service public attribuée par la mairie de Viriat* », précisant que ce comportement « *est constitutif d'un abus de position dominante, prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce* »⁸⁹ (soulignements ajoutés).
89. En conséquence, le moyen soulevé par la société Transfunéraire quant à l'incompétence de l'Autorité est rejeté.

⁸⁸ CE, avis du 24 mars 1995.

⁸⁹ Adlc, décision n° 17-D-13 du 27 juillet 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de l'Ain, points 170 à 172.

B. Sur l'existence d'une position dominante détenue par la société Transfunéraire

1. La définition des marchés pertinents

a. Rappel des principes

90. L'application de l'article Lp. 421-2 du code de commerce, qui prohibe les pratiques d'abus, requiert, au préalable, que les marchés pertinents sur lesquels l'entreprise en cause bénéficie d'une dominance soient définis⁹⁰.
91. Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres.
92. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, les autorités de concurrence regardent comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.
93. La délimitation des marchés pertinents se fonde, d'une part, sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause (caractéristiques physiques, besoins ou préférences des clients, différences de prix, canaux de distribution, positionnement commercial, environnement juridique) et, d'autre part, sur la zone géographique sur laquelle les offreurs exercent une pression concurrentielle effective et pour laquelle l'analyse des éléments tels que les coûts de transport, la distance ou le temps de parcours des acheteurs, les contraintes légales et réglementaires, les préférences des clients sont autant d'indices permettant de circonscrire le marché.
94. Le marché s'apprécie toujours à l'époque des faits considérés, sa délimitation pouvant varier à mesure que les caractéristiques des produits ou services évoluent, de même que les possibilités de substitution, tant du côté de l'offre que du côté de la demande⁹¹.

b. Application au cas d'espèce

95. En l'espèce, la notification de griefs retient comme marchés pertinents le marché amont de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps réfrigéré au CHT et le marché aval des services funéraires proposés aux familles dans le Grand Nouméa. Elle soutient que la société Transfunéraire est en monopole sur le marché amont et qu'elle abuserait de cette situation pour évincer des opérateurs concurrents sur le marché aval qu'elle estime connexe.

⁹⁰ Voir CJCE, n° T-208/01, Arrêt du Tribunal, Volkswagen AG contre Commission des Communautés européennes, 3 décembre 2003.

⁹¹ Voir en ce sens la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-14 du 5 juin 2012, relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France ; l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011, n° 2010/08945, SFR SA et France Télécom SA.

96. Dans ses observations, la société Transfunéraire considère « *qu'il résulte d'une jurisprudence constante que la part de marché d'une entreprise de pompes funèbres s'évalue sur la base du nombre de convois organisés par cette entreprise par rapport au nombre total des convois organisés sur le marché pertinent (...) Il n'est donc pas possible sans chiffre significatifs de juger !* ».
97. La société Transfunéraire invite donc l'Autorité à prononcer un non-lieu faute pour l'instruction d'avoir démontré sa position dominante sur le marché aval des prestations de pompes funèbres, et plus particulièrement sur le marché du transport avant mise en bière.
98. Elle fait également valoir l'absence de tout élément de preuve sur l'effet d'exclusion de ses concurrents du fait des pratiques contestées et la baisse de son chiffre d'affaires qui démontrerait qu'elle n'a tiré aucun profit de l'exécution de cette mission qu'elle estime être de service public.
99. S'agissant des marchés pertinents, l'Autorité constate que la société Transfunéraire n'a pas contesté, sa situation de monopole pour la prise en charge des corps des patients décédés à la clinique et la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT et qu'il résulte de l'instruction que ce serait l'exploitation abusive de cette position de monopole sur ce marché pertinent qui lui permettrait d'évincer ses concurrents sur le marché aval des prestations de pompes funèbres.
100. En séance, la société Transfunéraire a toutefois précisé qu'elle ne considère pas que le fait de confier la gestion de la salle des corps réfrigéré à un opérateur soit suffisant pour caractériser le marché pertinent.
- i. Sur l'existence d'un marché amont de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT Gaston Bourret
101. Comme vu *supra*, en métropole, la prise en charge des corps des patients décédés d'un établissement de santé et la gestion de sa chambre mortuaire sont des missions qui ne peuvent être déléguées par l'établissement de santé à un opérateur privé⁹² de sorte qu'un tel marché n'a jamais été défini par l'autorité de la concurrence métropolitaine.
102. Néanmoins, la pratique décisionnelle métropolitaine retient qu'une transaction qui fait se confronter une demande unique et spécifique à une offre plus large constitue un marché en soi, assimilable à un marché fonctionnant par appel d'offres⁹³.
103. En matière d'appel d'offres, l'Autorité considère, à l'instar de la pratique décisionnelle métropolitaine⁹⁴, que chaque marché (ou lot) qui donne lieu à la confrontation concrète de la demande d'un maître d'ouvrage avec les offres des candidats intéressés doit être considéré comme constituant un marché de référence pour l'examen d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles⁹⁵.
104. En l'espèce, le CHT Gaston Bourret a passé un marché de gré à gré avec la société Transfunéraire afin de lui confier « *la gestion de la salle de dépôt réfrigéré ainsi que la prise*

⁹² Voir l'article L. 2223-19 du CGCT ; l'avis du Conseil d'Etat n° 357 297 du 24 mars 1995.

⁹³ Voir la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-16 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de distribution de presse.

⁹⁴ Voir en ce sens les décisions du Conseil de la concurrence métropolitain n° 08-D-05 du 27 mars 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des commerces sous douane des aéroports parisiens ; n° 00-D-38 du 20 septembre 2000 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la restauration de monuments historiques en Ile-de-France.

⁹⁵ Voir l'avis de l'Autorité n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019 relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d'énergie électrique de la commune de Nouméa.

en charge des patients décédés au CHT »⁹⁶, à l'issue d'une procédure de consultation adaptée, le marché se situant en-dessous des seuils de la procédure d'appel d'offres.⁹⁷

105. En tant qu'établissement public, le CHT Gaston Bourret est soumis aux dispositions de la délibération n° 424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie et anciennement de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967.
106. La demande spécifique du CHT a été définie dans un cahier des charges transmis aux potentiels soumissionnaires dans le cadre de la consultation du 10 août 2018.
107. L'article 3 du cahier des charges de consultation stipule notamment que « *L'entreprise retenue doit pouvoir :*
 - *assurer la prise en charge de tous les corps des patients décédés au CHT tous les jours 24h/24h dans les services de soins,*
 - *effectuer leur transit par la salle de dépôt des corps,*
 - *organiser leur enlèvement par l'entreprise de transport choisie par la famille ou, à défaut, par la société de transport funéraire de garde.* »⁹⁸
108. Par ailleurs, l'article 2 du cahier des charges de la consultation prévoit que « *Le marché prend effet à la date de notification. Sa durée est de douze (12) mois.* »⁹⁹
109. La consultation a été renouvelée en 2019, le directeur du CHT a déclaré au service d'instruction le 21 octobre 2020 lors de son audition : « *Le cahier des charges du CHT en 2019 est le même que celui de 2018. On a informé tous les prestataires du Grand Nouméa par email et par courrier simple. Ces informations ont aussi été portées à la connaissance des opérateurs funéraires au travers du dossier de consultation. A la première consultation, trois entreprises y ont répondu : Transfunéraire, PFC, PFN. A la deuxième consultation, deux entreprises y ont répondu : Transfunéraire et PFC.* »¹⁰⁰
110. Il en résulte que l'attribution par voie d'appel d'offres de l'organisation de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps au CHT à un seul opérateur, dans le cadre d'une concurrence « pour le marché », conduit nécessairement l'Autorité à constater l'existence d'un marché pertinent de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT.

ii. Sur le marché aval des services funéraires proposés aux familles

Le marché de services

111. La pratique décisionnelle métropolitaine rappelle de façon constante que « *les prestations funéraires qui comportent les prestations du service extérieur, du service intérieur et les prestations libres, forment, compte tenu du comportement des familles et des conditions dans lesquelles les entreprises répondent à leurs demandes, un marché unique des prestations de*

⁹⁶ Voir le marché de gé à gré de fournitures courantes et de services 2018 annexe128, cote 3180 article 1.

⁹⁷ Le directeur du CHT a déclaré lors de son audition du 21 octobre 2020 : « *Nous avons lancé une consultation au mois d'août 2018. Il ne s'agissait pas d'un appel d'offres mais d'une consultation dans la mesure où le marché était estimé inférieur à 20 millions de francs. Il a ainsi été décidé d'une procédure de gré à gré.* » annexe 90 cote 3121.

⁹⁸ Consultation des sociétés funéraires pour la gestion de la salle de dépôt réfrigéré du CHT Gaston Bourret du 10 août 2018 annexe 107, cote 3216.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Annexe 90, cote 3121.

pompes funèbres »¹⁰¹, autrement appelé « *marché général des services funéraires proposés aux familles* »¹⁰².

112. Conformément à la pratique décisionnelle, cette définition n'est valable que « *lorsque la demande de prestations funéraires est exprimée par les familles et que celles-ci maîtrisent l'ensemble des opérations funéraires à la suite du décès* »¹⁰³.
113. En l'espèce, le gestionnaire de la salle de dépôt réfrigérée doit, conformément aux termes du marché qui le lie au CHT, organiser l'enlèvement des corps des patients décédés depuis la salle de dépôt réfrigéré où ils sont conservés « *par l'entreprise de transport choisie par la famille* »¹⁰⁴.
114. S'agissant du choix d'un opérateur funéraire par les familles pour l'enlèvement du corps de leur proche décédé au CHT, le document intitulé « *Recueil du choix de l'opérateur funéraire* » par le CHT aux proches des patients décédés, informe les proches qu'ils ont « *le libre choix du transporteur* »¹⁰⁵ pour le départ du corps vers une chambre funéraire extérieure, la morgue ou un domicile.
115. Ce document mentionne que le choix des proches doit être communiqué au professionnel de santé, lequel informe le « *responsable de la salle de dépôt des corps du CHT, qui contactera la société de transport (...) choisie* »¹⁰⁶.
116. Ainsi, selon les modalités prévues par le CHT, les familles prennent elles-mêmes en main les opérations funéraires après le décès, lorsque celui-ci est survenue au CHT.
117. Dès lors, il y a lieu de considérer un marché général des services funéraires proposés aux familles, en aval du marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré du CHT.

Le marché géographique

118. La pratique décisionnelle métropolitaine relève que « *dans la très grande majorité des cas, les personnes décédées sont enterrées à proximité de leur résidence et que les familles font appel, pour l'organisation des funérailles, à des entreprises locales, dont les locaux se trouvent à proximité, selon le cas, du domicile du défunt, de la mairie de déclaration du décès, de la chambre funéraire ou du cimetière* »¹⁰⁷.
119. Par ailleurs, la pratique décisionnelle métropolitaine souligne également que : « *la seule circonstance que certains corps décédés dans la zone délimitée sont pris en charge par des opérateurs de PF hors zone ne remet pas en question la définition de marché* »¹⁰⁸.
120. En l'espèce, il apparaît que l'offre est particulièrement concentrée dans le Grand Nouméa.
121. En effet, du côté de l'offre, il existe douze opérateurs de pompes funèbres sur la Grande Terre, dont sept établis dans le Grand Nouméa, quatre d'entre eux étant des sociétés de pompes funèbres réalisant, à la demande des familles, l'ensemble des prestations de pompes funèbres.

¹⁰¹ Voir notamment les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-14 ; n° 11-D-06 ; la décision du conseil de la concurrence métropolitain n° 08-D-09.

¹⁰² Voir notamment les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 17-D-13 ; n° 11-D-14 ; n° 11-D-06 ; les décisions du conseil de la concurrence métropolitain n° 08-D-09 ; n° 05-D-39 ; n° 04-D-70 ; n° 04-D-21 ; n° 03-D-33 ; n° 03-D-15 ; n° 00-D-59 précitées.

¹⁰³ Voir les décisions n°11-D-14 et 08-D-09 précitées.

¹⁰⁴ Voir l'article 4 du CCAP gestion de la salle de dépôt réfrigéré annexe 126, cote 3320.

¹⁰⁵ Annexe 94, cote 3148.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Voir la décision n° 04-D-70 précitée.

¹⁰⁸ *Ibid.*

122. Or, sur les sept opérateurs funéraires établis dans le Grand Nouméa, six ont déclaré que leur activité était concentrée dans le Grand Nouméa comprenant les quatre sociétés de pompes funèbres¹⁰⁹.
123. Du côté de la demande, il ressort des données du CFM de Nouméa de 2018 et 2019 que plus de 90 % des corps des personnes décédées dans le Grand Nouméa ont été pris en charge par des opérateurs funéraires établis dans le Grand Nouméa pour l'organisation des obsèques.
124. Selon les données du CFM recoupées avec celles de l'ISEE :
- En 2018, 1044 corps de personnes décédées dans le Grand Nouméa et conservées au CFM de Nouméa (hors fœtus) ont été pris en charge par des sociétés de pompes funèbres établies dans le Grand Nouméa sur les 1142 décès enregistrés dans le Grand Nouméa par l'ISEE¹¹⁰ ;
 - En 2019, 1097 corps de personnes décédées dans le Grand Nouméa et conservées au CFM de Nouméa (hors fœtus) ont été pris en charge par des sociétés de pompes funèbres établies dans le Grand Nouméa sur les 1213 décès enregistrés dans le Grand Nouméa par l'ISEE¹¹¹.
125. Ainsi, 91,4 % et 90,4 % des corps de personnes décédées dans le Grand Nouméa ont été pris en charge par des sociétés de pompes funèbres établies dans le Grand Nouméa pour l'organisation des obsèques en 2018¹¹² et en 2019¹¹³ respectivement.
126. Ainsi, tant l'offre que la demande en services funéraires est concentrée dans le Grand Nouméa.
127. Au vu des éléments exposés *supra*, il convient de limiter le marché géographique des services funéraires proposés aux familles au Grand Nouméa¹¹⁴.

iii. Sur l'existence d'un lien de connexité entre les marchés pertinents

128. Comme le rappelle la pratique décisionnelle métropolitaine et européenne, il n'est pas nécessaire que l'abus soit commis sur le même marché que celui sur lequel l'entreprise détient une position dominante, sous réserve que soit établi, d'une part, un lien de connexité suffisant entre le marché dominé et le marché sur lequel est commis l'abus et, d'autre part, un lien de causalité entre la domination et l'abus. Il convient alors de vérifier que les pratiques constatées sur un marché donné et dénoncées comme abusives sont dans un rapport de causalité avec la

¹⁰⁹ « Notre activité est surtout concentrée sur le Grand Nouméa. » (voir l'audition du gérant de PFC : VC, annexe 43, cote 280 ; VNC, annexe 44, cote 1008) ; « La majeure partie de notre activité est concentrée dans le Grand Nouméa. » (voir l'audition du gérant de PFT, annexe 118, cote 991) ; « Nos activités sont cependant plus concentrées sur le Grand -Nouméa » (voir l'audition du gérant de PFN : VC, annexe 112, cote 940 ; VNC, annexe 113, cote 958) ; Marbrerie Nouméenne intervient « A 95% dans le grand Nouméa » (voir l'audition du gérant de Marbrerie Nouméenne : VC, annexe 119, cote 1024 ; annexe 120, cote 1039) ; « J'exerce essentiellement sur le Grand Nouméa. » (voir l'audition de Yann Tixier, annexe 121, cote 1054) ; « Les sociétés Pacific Granit et AZ Décès interviennent sur tout le Grand Nouméa. La société Pacific Granit intervient parfois dans les villes de La Foa ou de Boulouparis. [...] Sur la Foa et Boulouparis cela doit concerner deux, trois interventions par an. [...] La société AZ Décès peut intervenir en brousse pour du transport de corps mais cela reste très rare » (voir l'audition de Xavier Sercan, annexe 91, cote 799).

¹¹⁰ Voir le registre du CFM 2018 VC annexe 97, cotes 820 à 831 ; VNC, annexe 98, cotes 832 à 843.

¹¹¹ Voir le registre du CFM 2019 : VC annexe 99, cotes 844 à 854 ; VNC, annexe 100, cotes 855 à 865.

¹¹² $1044 / 1142 = 91,4 \%$.

¹¹³ $1213 / 1097 = 90,4 \%$.

¹¹⁴ Voir en ce sens la décision du conseil de la concurrence n° 04-D-70 précitée.

domination exercée sur un marché connexe. Cette vérification conduit, généralement, à s'assurer que ces deux marchés ont un lien de connexité objectif ¹¹⁵.

129. Plus particulièrement dans le secteur des pompes funèbres, la Cour d'appel de Paris a considéré que : « *Le marché général des prestations funéraires proposées aux familles* » et « *les marchés particuliers des obsèques dont le corps a été transporté en chambre funéraire à la demande des établissements de soins ou de séjour [...] ont tous un lien de connexité étroit, soit parce qu'ils sont en amont ou en aval les uns des autres, soit parce qu'ils concernent des prestations similaires, à défaut d'être complètement substituables* »¹¹⁶.
130. En l'espèce, les opérateurs funéraires de la Nouvelle-Calédonie, actifs sur le marché des prestations funéraires proposées aux familles, offrent leurs services funéraires indifféremment du lieu de décès du défunt, que le décès soit survenu en établissement de santé, maison de retraite, à domicile ou dans un lieu public. Ces opérateurs ont ainsi vocation à offrir leurs services funéraires aux familles des personnes décédées au CHT.
131. A cet égard, il n'est pas contesté que lors de l'enlèvement du corps d'un patient décédé au CHT, les opérateurs funéraires doivent nécessairement passer par la salle de dépôt réfrigéré CHT¹¹⁷, laquelle est exclusivement gérée par la société Transfunéraire.
132. Le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT se situant en amont du marché des prestations funéraires proposées aux familles, ces deux marchés ont dès lors un lien de connexité étroit.

2. La position de monopole de la société Transfunéraire sur le marché amont

133. Selon la pratique décisionnelle métropolitaine et européenne, il est possible, sous certaines conditions, de sanctionner des abus commis, ou produisant des effets, sur un autre marché que le marché dominé, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que l'entreprise visée détient également une position dominante sur cet autre marché, dès lors que celui-ci peut être considéré comme suffisamment « connexe »¹¹⁸.
134. La pratique décisionnelle européenne et métropolitaine définit de façon constante la position dominante comme une « *position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui*

¹¹⁵ Voir en ce sens les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 31 mars 2009, n° 2008/11353 et du 22 février 2005, n° 2004/13460 ; la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 17-D-06 du 21 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques ; les décisions du conseil de la concurrence n° 08-D-09 précitée, n° 04-D-32 du 8 juillet 2004 relative à la saisine de la société More Group France contre les pratiques du groupe Decaux, n° 03-D-35 du 24 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires SANDOZ, et n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société La Française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir ; les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes Commercial Solvents/Commission du 6 mars 1974, 6/73 et 7/73, Rec. p. 223 ; CBEM du 3 octobre 1985, 311/84, Rec. p. 3261 ; Akzo Chemie c/ Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359 ; l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes British 39 Airways/Commission du 17 février 2003, T-219/99, Rec. p. II-5917.

¹¹⁶ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 mars 2009 précité.

¹¹⁷ Voir la note d'information du CHT prévoyant que « *Tous les corps doivent impérativement transiter par la salle de dépôt des corps avant de quitter l'établissement, et ce, quelle que soit l'heure du décès* » (gras et soulignement non-ajoutés), annexe 92, cote 3143.

¹¹⁸ Voir en ce sens la décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 17-D-06 du 21 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques ; les décisions du conseil de la concurrence métropolitain n° 04-D-32 du 8 juillet 2004 relative à la saisine de la société More Group France contre les pratiques du groupe Decaux ; n° 03-D-35 du 24 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires SANDOZ ; l'arrêt de la CJCE du 3 juillet 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie c/ Commission.

donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »¹¹⁹.

135. En l'espèce, le marché de gré à gré conclu par le CHT et la société Transfunéraire prévoit que « *Le Centre Hospitalier Territorial (CHT) Gaston Bourret souhaite confier la gestion de la salle de dépôt réfrigéré à un opérateur extérieur* »¹²⁰ (soulignement ajouté).
136. Par ailleurs, le directeur du CHT a déclaré lors de son audition : « *Le fait qu'il n'y ait désormais qu'un seul opérateur funéraire qui ait accès aux services du CHT ne permet pas aux autres opérateurs funéraires de démarcher au sein de l'établissement, ce qui a certainement eu un impact dans leur chiffre d'affaires* »¹²¹.
137. En outre, la société Transfunéraire est appelée par le personnel soignant du CHT pour le « *transport vers la salle de dépôt des corps* », elle doit également renseigner la « *partie 1 du registre situé en salle de dépôt* » et appeler la société de pompes funèbres choisie par les proches¹²².
138. Il apparaît ainsi que les missions consistant, d'une part, à transférer les corps des patients décédés au CHT vers sa salle de dépôt réfrigéré, d'autre part, à gérer ladite salle de dépôt réfrigéré, ont été exclusivement confiées à la société Transfunéraire par le CHT.
139. L'Autorité en conclut que la société Transfunéraire est en situation de monopole sur le marché amont de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT Gaston Bourret qui la conduit à être un point de « passage obligé » pour les autres sociétés de pompes funèbres souhaitant proposer leurs services funéraires aux proches des patients décédés dans cet établissement puisqu'elles doivent alors récupérer les corps dans la salle gérée par Transfunéraire.

C. Sur le bien-fondé des griefs notifiés

1. Le droit applicable

140. L'article Lp. 421-2 du code de commerce dispose que : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article Lp. 421-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent, notamment, consister en refus de vente, en ventes liées, ou en conditions de ventes discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».
141. L'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante sur un marché où, du fait précisément de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli, lorsque ces comportements ont pour effet, actuel ou potentiel, de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui

¹¹⁹ Voir les arrêts CJCE, 14 févr. 1978, aff. C-27/76, *United Brands c/ Commission*; TPICE, 30 janv. 2007, aff. T-340/03, *France Télécom c/ Commission* ; Trib. UE, 21 janv. 2015, aff. T-355/13, *easyJet Airline c/ Commission* ; Cass. ch. com., 24 nov. 2009, n° 07-21.739.

¹²⁰ Voir la consultation des sociétés funéraires pour la gestion de la salle de dépôt réfrigéré du CHT Gaston Bourret du 10 août 2018 article 1, annexe 107, cote 3216.

¹²¹ Voir le procès-verbal d'audition du CHT annexe 90, cote 3121.

¹²² Voir la procédure interne : Gestion des corps des patients décédés : Des services de soins vers la salle de dépôt des corps annexe 92, point 4 cote 3144.

gouvernement une concurrence normale entre opérateurs économiques, fondée sur les mérites de chacun, au maintien du degré de concurrence existant encore ou au développement de cette concurrence¹²³.

142. Il résulte en effet d'une pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence métropolitaines que « *la concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière* »¹²⁴.
143. Une telle responsabilité particulière est notamment justifiée par le fait que l'acteur dominant jouit d'une indépendance dans la détermination de son comportement. Cette indépendance est d'autant plus manifeste lorsque l'acteur est en position de monopole incontesté. Enfin, si l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucune pratique anticoncurrentielle, cette situation impose à l'entreprise concernée une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, au marché et *in fine* aux intérêts du consommateur.
144. L'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés. Pour autant, si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, il ne peut être cependant admis de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet d'exploiter de manière abusive cette position dominante.
145. En outre, il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité que lorsqu'une entreprise en position dominante met en œuvre une pratique générant un effet d'éviction de ses concurrents, la circonstance que le résultat escompté n'a pas été atteint ne suffit pas à écarter l'application de l'article Lp. 421-2 du code de commerce¹²⁵.

2. Les moyens soulevés en défense

146. Selon les observations écrites de la société Transfunéraire, le service d'instruction, en ne fournissant « *aucun chiffre micro-économique* »¹²⁶ et en ne produisant que de « *rare témoignages* »¹²⁷, n'aurait pas respecté le standard applicable en matière de preuve d'un abus de position dominante, lequel requerrait que soit démontré que la position dominante détenue par la société Transfunéraire ait donné lieu à une exploitation abusive ayant eu pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence en incitant les proches de personnes décédées au CHT à recourir aux services de la société Transfunéraire.
147. Sur ce dernier point, elle soutient que la preuve du caractère abusif de l'exploitation de sa position dominante nécessite soit la démonstration que « *les familles dont un proche est décédé à l'hôpital Gaston Bourret (sont) orientées systématiquement vers le groupe*

¹²³ Voir la décision de l'Autorité n° 2019-PAC-01 du 23 août 2019 portant rejet de la saisine de la société SARL Société de Services des Iles ; voir également en ce sens l'arrêt de la Cour d'appel de Paris n° 2007/20354 du 17 septembre 2008, ADEIC/Stes Orange France SA et France télécom ; l'arrêt de la CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, United Brands Cie.

¹²⁴ Voir en ce sens les décisions de l'autorité de la concurrence métropolitaine : n° 09-D-14 du 25 mars 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électricité, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mars 2010 ; n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM ; la décision du conseil de la concurrence n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit.

¹²⁵ Voir la décision de l'Autorité n° 2019-PAC-01 précitée.

¹²⁶ Annexe 219, cote 52709.

¹²⁷ *Ibid.* cote 52710.

[Transfunéraire] »¹²⁸, soit la preuve que « *la pratique du groupe a favorisé en volume ou en valeur son activité* »¹²⁹.

148. En séance, la société Transfunéraire a ajouté que les griefs soulevés étaient d'autant moins fondés que la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT par la société Transfunéraire n'avait soulevé « *aucune plainte ni difficulté* », à part « *3 lettres de clients soi-disant non satisfaits* » transmis par un concurrent mais insuffisantes pour que le CHT écarte la candidature de la société Transfunéraire lors du renouvellement du marché. De fait, lors de la deuxième consultation, le marché pour la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT a de nouveau été signé avec la société Transfunéraire.
149. Celle-ci a rappelé que, comme le souligne le procès-verbal du directeur du CHT, le personnel de la société Transfunéraire se présente dans une tenue neutre vis-à-vis des familles afin de ne pas les influencer et le personnel soignant demande aux familles le choix de leur opérateur funéraire.
150. Elle a souligné que certaines familles ne sont parfois pas d'accord sur le choix de l'opérateur ce qui peut entraîner une confusion qui n'est toutefois pas imputable à la société Transfunéraire. Ainsi, est-il arrivé, comme l'a rappelé un autre opérateur funéraire entendu au cours de l'instruction¹³⁰, que le gérant de la société appelle les proches de la famille pensant avoir été retenu comme prestataire alors qu'un autre membre de la famille en a choisi un autre. Par conséquent, contrairement à ce que la notification de griefs indique, la société Transfunéraire ne saurait se voir imputer aucune pratique de confusion à l'égard des familles des défunts.
151. Elle a précisé, à propos de la présence de documents commerciaux dans la salle de dépôt réfrigéré, que cette salle n'est pas accessible au public et qu'il s'agit du lieu de travail de la société Transfunéraire.
152. Enfin, elle a indiqué, au cours de la séance, à propos des rares témoignages figurant au dossier, qu'exceptionnellement, lorsque les contraintes de travail (comme l'obligation de déplacer le corps du défunt avant le délai de 10h imposé par le CHT) ne sont pas compatibles avec les palabres des familles, il peut arriver que le personnel leur donne une carte de visite ou un numéro de téléphone pour les renseigner ultérieurement mais jamais pour les tromper ou abuser de leur fragilité.
153. Rappelant à l'Autorité son rôle de protection des consommateurs et des PME, la société Transfunéraire l'a donc invité à constater un non-lieu.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Voir l'audition de M. Yann Tixier du 15 octobre 2020, annexe 89, cote 52240 : « *Il est arrivé qu'une partie de la famille fasse le choix d'un opérateur de PF et l'autre partie de la famille un autre opérateur de PF. Il y a eu des couacs, il y a environ un an. Certaines familles ont des contrats obsèques avec des sociétés de PF. Si le défunt est seul dans son lit et que la famille ne s'est pas manifestée, Richard Huryn [le gérant de la société Transfunéraire] appelle la société de pompes funèbres qui est sur la liste tandis que la famille a un contrat avec un autre opérateur* ».

3. La réponse de l'Autorité

a. S'agissant du grief n° 1 lié à la confusion des activités de gestion de la salle de dépôt réfrigéré et les prestations de pompes funèbres proposées aux familles

154. L'Autorité constate qu'en métropole, le Conseil de la concurrence a considéré qu'il était possible pour un opérateur gestionnaire d'une chambre funéraire dans une commune de conclure une convention de transport des corps des personnes décédées dans une clinique de la commune vers la chambre funéraire dont il est gestionnaire et que son obligation de neutralité vis-à-vis des familles des défunts ne pouvait pas l'empêcher de faire état de la totalité des services qu'il peut offrir aux clients¹³¹.
155. Toutefois, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a par la suite rappelé que les circonstances de fait doivent être prises en compte pour évaluer de manière concrète le risque de confusion dans ce cadre¹³², en insistant de façon récurrente sur la situation de fragilité des familles, fragilité causée par le deuil et la nécessité d'une prise de décision rapide dans le cadre de l'organisation des obsèques et du choix du prestataire¹³³.
156. En conséquence, elle a notamment relevé, à l'occasion de la décision n° 17-D-13, que « *dans cette situation de marché, le fait pour une entreprise gestionnaire d'équipements funéraires de service public d'entretenir, par un ensemble de comportements, une confusion dans l'esprit des familles entre ses activités de gestionnaire de ces équipements et celles relevant du secteur concurrentiel peut constituer un abus de position dominante* »¹³⁴. Sont donc sanctionnées, dans les conditions où un opérateur dispose d'un tel avantage concurrentiel, « *les pratiques susceptibles de créer la confusion dans l'esprit des familles des défunts et pouvant les inciter à recourir aux services de la même société, pour l'ensemble des prestations funéraires* »¹³⁵.
157. Afin de caractériser l'existence d'un abus, la pratique décisionnelle prend en compte l'accumulation de pratiques dont l'addition renforce le risque de confusion. Ainsi, dans sa décision n° 04-D-70 du 16 décembre 2004, le Conseil de la concurrence a considéré que la pratique de confusion était « *provoquée par la disposition des locaux, les modalités d'accueil des familles ainsi que par le référencement téléphonique* »¹³⁶. Il est au contraire possible d'écarter le risque de confusion dans l'hypothèse d'une pratique isolée. L'autorité métropolitaine a pu ainsi estimer, dans sa décision n° 04-D-21 que « *la présentation d'un numéro d'appel téléphonique n'apparaît pas à lui seul, dans les circonstances de l'espèce, de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit des personnes désireuses d'organiser les obsèques d'un de leurs proches* »¹³⁷.
158. Il faut néanmoins souligner que la réglementation métropolitaine interdit à un opérateur funéraire privé, de gérer lui-même une chambre mortuaire installée dans un établissement de santé.

¹³¹ Voir Adlc, décision n° 08-D-09 précitée.

¹³² Voir notamment Adlc, décision n° 11-D-14 précitée.

¹³³ Voir notamment Adlc, décision n° 08-D-09 du 6 mai 2008, décision n° 04-D-70 précitée.

¹³⁴ Adlc, décision n° 17-D-13 précitée, point 173.

¹³⁵ Voir la décision n° 08-D-09 du 6 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération.

¹³⁶ Adlc, décision n° 04-D-70 du 16 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye.

¹³⁷ Adlc, décision n° 04-D-21 du 17 juin 2004, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de logiciels professionnels.

159. A cet égard, dans un avis du 24 mars 1995, le Conseil d'Etat a en effet estimé que : « « en prévoyant que les établissements de santé publics ou privés qui remplissent certaines conditions doivent "disposer d'une chambre funéraire", sans d'ailleurs évoquer ici la possibilité de gestion déléguée qui est mentionnée à l'article L. 362-1 [ancien article du code des communes métropolitain], le législateur a entendu que cette chambre mortuaire soit placée sous la responsabilité directe de l'établissement de santé lui-même, ce qui exclut la faculté de confier par convention à un opérateur extérieur la gestion de la chambre mortuaire installée dans un établissement de santé. Une telle convention, au surplus, procurerait évidemment un avantage à cet opérateur dans l'exercice de ses activités funéraires, ce qui contredirait l'esprit de la loi du 8 janvier 1993 et, plus généralement, les principes de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence »¹³⁸ (Soulignement ajouté).
160. Il a ajouté que : « « l'existence dans un établissement de santé d'une chambre funéraire aurait pour conséquence de fausser le jeu de la concurrence entre opérateurs funéraires au profit de celui d'entre eux avec lequel l'établissement passerait convention, dans la mesure où les familles de personnes décédées dans cet établissement seraient évidemment conduites à choisir pour des raisons de proximité, le transfert dans cette chambre funéraire »¹³⁹ (Soulignement ajouté).
161. La réglementation métropolitaine est donc beaucoup plus stricte qu'en Nouvelle-Calédonie.
162. En l'espèce, l'Autorité en déduit que la convention de gestion de la salle de dépôt de corps réfrigéré du CHT confère nécessairement à la société Tranfunéraire un avantage concurrentiel et commercial en lui octroyant un contact privilégié avec les familles.
163. Le directeur du CHT a confirmé l'avantage qui en résulte pour la société Transfunéraire au cours de son audition : « *Le fait qu'il n'y ait désormais qu'un seul opérateur funéraire qui ait accès aux services du CHT ne permet pas aux autres opérateurs funéraires de démarcher au sein de l'établissement* »¹⁴⁰.
164. Dans ces circonstances spécifiques, l'Autorité considère que toute forme de confusion sur les activités de gestionnaire de la salle de dépôt de corps et les autres services funéraires susceptibles d'être proposés par l'opérateur funéraire en situation de monopole sur le marché amont de la gestion de la salle de dépôt de corps apparaît de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval des services funéraires.
165. Or, il ressort du témoignage de la famille n° 2 que le personnel soignant lui a indiqué que l'opérateur chargé de la gestion des corps des défunts au CHT s'occupait des obsèques et qu'il la contacterait tandis que le témoignage de la famille n° 3 confirme que le personnel chargé de la gestion de la salle de corps réfrigéré s'est néanmoins présenté comme appartenant à la société Tranfunéraire et lui a proposé ses services.
166. Bien qu'il y ait peu de témoignages, ceux-ci montrent sans équivoque que la société Tranfunéraire a entretenu la confusion dans l'esprit des familles entre ses différentes activités, en s'identifiant auprès des familles des patients décédés au CHT comme une entreprise de pompes funèbres, en remettant sa carte professionnelle¹⁴¹, ou en se présentant « dans le couloir », « avec un brancard », « habillé en civil » pour détailler « la suite des

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, cote 12246.

¹⁴⁰ Voir le procès-verbal d'audition du directeur du CHT du 21 octobre 2020, annexe 90 cote 3121 et cote 3119 « Avant, les sociétés de PF venaient directement dans le service chercher le corps ».

¹⁴¹ Voir le procès-verbal de déclaration de la famille 2 : annexe 173, cote 3976.

opérations » en tant que « *société de pompes funèbres* »¹⁴². Si « *la famille du patient décédé ne peut que très rarement être en contact avec un membre du groupe Transfunéraire* »¹⁴³, comme le soutient la société mise en cause, il ressort néanmoins qu'en certaines occasions, la société Transfunéraire n'a pas été en mesure d'éviter la « dérive » de confusion alors qu'elle assume une responsabilité particulière, étant en situation de monopole sur le marché de la gestion de la salle de corps réfrigéré au CHT.

167. Compte tenu de la jurisprudence précitée, l'Autorité considère que ce comportement a nécessairement porté atteinte au libre-choix des familles endeuillées ainsi qu'au fonctionnement concurrentiel du marché. Le fait que la dite pratique n'aurait été constatée qu'à de rares occasions ou qu'elle n'aurait eu que peu d'effet, selon la société Transfunéraire, n'a pas d'incidence sur sa constatation et sa qualification d'abus de position dominante sur le marché des prestations de pompes funèbres dans le Grand Nouméa.

b. S'agissant des griefs n° 2 et 3 liés au démarchage des familles par la société Transfunéraire au CHT ou par téléphone

168. L'Autorité rappelle que la notion d'abus de position dominante permet d'appréhender une large palette de comportements et que la liste des pratiques visées à l'article Lp. 421-2 du code de commerce n'est pas limitative. La caractérisation d'un abus de position dominante repose donc sur un examen *in concreto*, susceptible de varier selon les circonstances propres à chaque espèce¹⁴⁴.
169. En l'espèce, l'Autorité constate que la société Transfunéraire considère que les rares témoignages figurant dans le dossier sont insuffisants pour démontrer une pratique d'abus de position dominante visant à démarcher systématiquement les familles de défunts au CHT ou par téléphone grâce à sa position monopolistique sur le marché de la gestion de la salle de dépôt des corps.
170. L'Autorité observe néanmoins qu'outre les témoignages précédemment cités, il ressort de l'instruction que le directeur du CHT a été destinataire de plusieurs courriers de réclamation émanant des familles des patients décédés au CHT¹⁴⁵, mais aussi des concurrents du groupe Transfunéraire dénonçant les mêmes pratiques de la part de cette dernière¹⁴⁶.
171. Les familles ayant écrit au directeur du CHT lui font notamment part du fait que « *l'agent de la société Transfunéraire (...) [leur] a demandé de passer par sa société pour la gestion des funérailles en (...) disant que c'était obligatoire* »¹⁴⁷. Une autre réclamation signale au directeur du CHT : « *Nous avons été harcelé par une bonne femme de Transfunéraire (qui avait obtenu notre contact, comment ?...) peu aimable et directive qui voulait nous imposer cette société pour l'organisation des obsèques.* »¹⁴⁸
172. Les concurrents de la société Transfunéraire se sont également manifestés auprès du directeur du CHT en plusieurs occasions pour dénoncer le fait que la société Transfunéraire ait capté la clientèle du CHT depuis qu'elle gère la salle de dépôt des corps du CHT.
173. Ainsi, la société Marbrerie Nouméenne s'est plainte auprès du CHT en février 2019 du fait que : « *Notre société a enregistré une chute totale de chiffre d'affaires dans votre*

¹⁴² Voir le procès-verbal de déclaration de la famille 3, annexe 175, cote 3985.

¹⁴³ Annexe 219, cote 52711.

¹⁴⁴ Voir notamment l'arrêt de la Cour de Justice, Astra Zeneca/Commission, du 6 décembre 2012.

¹⁴⁵ Voir notamment annexe 143 et 146.

¹⁴⁶ Voir notamment la mise en demeure de la société Pompes Funèbres Nouméennes (annexe 142), le courrier de la société PFC (annexe 139), la réclamation de la société Marbrerie Nouméenne (annexe 137).

¹⁴⁷ Annexe 143, cote 3419.

¹⁴⁸ Annexe 146, cote 3439.

établissement depuis que votre intervenant TRANSFUNERAIRE est gestionnaire de votre salle de caissons frigorifiques. Depuis le 1^{er} octobre, date de début de votre sous-traitance, nous n'avons quasiment plus effectué de mission dans votre établissement. »¹⁴⁹ (Soulignement ajouté).

174. En mai 2019, le conseil de la société PFN a lui aussi adressé une mise en demeure au CHT en faisant valoir que la société Transfunéraire, dans le cadre de sa mission déléguée, « *pose des règles qui outrepassent ses prérogatives et empêchent [la société PFN] d'exercer normalement son activité en abusant de sa position (...)* Pour preuve, la société TRANSFUNERAIRE voit son chiffre d'affaires augmenter très significativement et ce, concomitamment à la mise en place des règles qu'elle a fixées et en se ménageant un privilège inégalé et inégalable - tout autant qu'il est injustifié et injustifiable - dans ses relations commerciales avec les familles endeuillées se rendant au médipôle et conduisant à seul choix de pompes funèbres, le sien. Dans le même temps, et au contraire, depuis la mise en place du process institué ex nihilo par votre cocontractante, ma cliente a perdu symétriquement plus 50 % de sa clientèle. » (Soulignement ajouté)¹⁵⁰. Ce courrier souligne que : « *l'entreprise retenue se garde désormais de fournir la liste des sociétés du secteur concurrentiel ni ne respecte la neutralité qu'elle doit observer dans le cadre de l'exécution de sa prestation. En tout premier lieu, celle-ci se doit de s'abstenir de capter la clientèle, ce qui manifestement n'est pas le cas aujourd'hui.* »¹⁵¹.
175. De la même manière, dans un courrier daté de juin 2020, la société PFC s'est plainte auprès du CHT d'avoir subi « *une importante chute de (son) chiffre d'affaires* » depuis l'attribution du marché pour la gestion de la salle de dépôt réfrigéré du CHT à la société Transfunéraire. Elle indique : « *nous avons été avertis par les familles que le gestionnaire des frigos profitait de sa position pour canaliser les familles vers son établissement, la société Transfunéraire. Depuis cette nomination en 2018, nous n'avons plus été contactés via les astreintes établies chaque semaine pour gérer les corps des patients décédés dans votre établissement, et cela même pour effectuer des transports de corps vers le Centre Funéraire Municipal comme cela se faisait auparavant.* »¹⁵² (Soulignement ajouté).
176. Par ailleurs, la société PFC explique que le fait de ne pas avoir accès au document intitulé « *recueil du choix des familles* » lui est préjudiciable : « *Dans la procédure un document doit faire apparaître "le choix de l'opérateur funéraire choisi par la famille" je précise que depuis deux années malgré nos demandes nous n'avons jamais eu accès à ce document alors qu'il est censé nous être destiné quand les familles nous choisissent. Nous pouvons donc penser que notre nom peut figurer sur cette procédure et que malgré tout, la famille est détournée vers Transfunéraire.* »¹⁵³ (Soulignement ajouté).
177. Si la société Transfunéraire a démontré au cours de la séance que son chiffre d'affaires avait diminué depuis trois ans malgré la mission accomplie au CHT, l'Autorité ne peut que constater que les témoignages des familles auprès du service d'instruction dénonçant des pratiques de captation de clientèle au CHT et par téléphone sont corroborés par les courriers de réclamation envoyés au directeur du CHT par d'autres familles et par ses principaux concurrents.
178. La mise en œuvre de telles pratiques est également corroboré par l'« *État des lieux des pratiques, des tarifs et de la réglementation en vigueur pour les services de pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie* » réalisé par la DAE en 2019, qui recommandait déjà d'améliorer la

¹⁴⁹ Annexe 137, cote 3397.

¹⁵⁰ *Ibid.* cote 3409.

¹⁵¹ *Ibid.* cote 3410.

¹⁵² Annexe 141, cote 3412.

¹⁵³ Voir le courrier de PFC au CHT du 19 juin 2020 annexe 141 cote 3413.

gestion déléguée des salles de dépôt de corps, tant à la clinique Kuindo-Magnin qu'au CHT. Dans ce rapport, la DAE engageait ainsi les deux établissements de soins à « *modifier leurs appels d'offres et imposer des règles strictes aux pompes funèbres gestionnaires des chambres mortuaires au sein de leur établissement respectif afin d'éviter la perméabilité des contacts avec les familles des défunts et de ne pas fausser la concurrence en orientant le choix des familles* »¹⁵⁴ (soulignement ajouté).

179. Enfin, le démarchage commercial des familles dans l'enceinte du CHT est également corroboré par la présence de nombreux documents commerciaux appartenant à la société Pompes Funèbres Transfunéraire dans la salle de dépôt réfrigéré du CHT¹⁵⁵.
180. Le représentant de la société Transfunéraire, entendu en audition, a allégué la « malveillance » d'un salarié¹⁵⁶ et la société Transfunéraire a fait valoir dans ses écritures que « *cette salle n'est pas accessible au public* »¹⁵⁷.
181. L'Autorité considère toutefois que la circonstance que les documents se trouvaient dans un lieu ne pouvant, en principe, accueillir du public ne suffit pas à remettre en cause le fait qu'ils n'auraient pas dû se trouver dans ce lieu au regard de la convention passée avec le CHT. En outre, la présence de tels documents commerciaux dans l'enceinte du CHT confirme les témoignages recueillis au cours de l'instruction soulignant que le personnel de la société Transfunéraire les ont transmis à certaines familles au moment du transport du corps vers la salle de dépôt réfrigéré. La circonstance que cette situation, anormale, résulterait d'un agent « malveillant » ne peut en tout état de cause écarter la responsabilité de la société Transfunéraire.
182. Au surplus, un des témoignages des personnels soignants atteste du fait que, contrairement à l'argument soulevé par la société Transfunéraire, certaines familles sont descendues dans la salle de dépôt réfrigéré pour accompagner le corps du défunt de sorte qu'elles ont donc pu avoir accès à ces documents et être conduites à choisir la société Transfunéraire pour la réalisation des obsèques¹⁵⁸.
183. Enfin, il ressort de l'instruction que la société Transfunéraire dispose d'un local à proximité immédiate de l'hôpital,¹⁵⁹ si bien que l'entreposage de ses documents commerciaux dans la salle de dépôt réfrigéré du CHT n'apparaît pas justifié par d'autres considérations que de pouvoir remettre ces documents aux proches des patients décédés au CHT.
184. Dès lors, l'Autorité considère que les pièces du dossier comportent des éléments suffisamment probants, nombreux et convergents de nature à démontrer l'existence d'un comportement généralisé de démarchage des proches des patients décédés au CHT Gaston Bourret et par téléphone.
185. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la société Transfunéraire a abusé de sa position dominante en mettant en œuvre des pratiques de démarchage au CHT et par téléphone des familles des personnes décédées au CHT dont elle assurait le transport de corps vers la chambre mortuaire du CHT, ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des services de pompes funèbres dans le Grand Nouméa.

¹⁵⁴ Annexe 186, cote 52552.

¹⁵⁵ Annexe 91, cotes 3129, 3133, 3138 et 3139.

¹⁵⁶ Annexe 32, cote 98.

¹⁵⁷ Annexe 219, cote 52711.

¹⁵⁸ Annexe 91, cote 3129.

¹⁵⁹ Voir le procès-verbal de déclaration de la famille 2 : annexe 173, cote 3976.

c. Sur les effets des pratiques en cause

186. La société Transfunéraire soutient dans ses écritures que l’instruction n’a pas permis de démontrer que les pratiques en cause avaient eu « *un effet sensible sur la concurrence* ». En séance devant l’Autorité, elle a fait valoir que la baisse du chiffre d’affaires du groupe Transfunéraire depuis la mise en œuvre du marché avec le CHT pouvait démontrer l’absence de pratique anticoncurrentielle.

	2017	2018	2019	2020
CA Transfunéraire (en F. CFP)	16 103 854	13 716 320	17 390 160	11 972 500
CA Transport de corps (en F. CFP)	8 661 102	7 646 038	5 241 432	5 048 442
CA Pompes Funèbres Transfunéraire (en F. CFP)	130 634 516	125 263 713	119 305 180	125 618 393
TOTAL GROUPE TRANSFUNERAIRE (en F. CFP)	155 399 472	146 626 071	141 936 772	142 639 335

Source : traitement de données ACNC

187. L’Autorité rappelle qu’en présence de pratique d’abus d’éviction, il ressort d’une jurisprudence constante qu’ « *afin d’établir le caractère abusif d’une telle pratique, l’effet anticoncurrentiel de celle-ci sur le marché doit exister, mais il ne doit pas être nécessairement concret, étant suffisante la démonstration d’un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l’entreprise en position dominante* »¹⁶⁰.
188. Dans un arrêt du 2 septembre 2020, la Cour de cassation a confirmé cette approche au sujet d’un arrêt de la Cour d’appel de Paris : « *En l’état de ces constatations et appréciations, la cour d’appel, qui a procédé à une analyse de l’ensemble des circonstances et établi les effets potentiels, sur les concurrents aussi efficaces, de la politique globale de la société Umicore France et ainsi mis en évidence, sans la présumer, sa capacité d’éviction de ces derniers et qui n’avait pas, compte tenu des caractéristiques des pratiques en cause, qu’elle a décrites, à recourir au test du concurrent le plus efficace, a pu statuer comme elle a fait.* »¹⁶¹
189. En l’espèce, l’instruction a révélé plusieurs comportements simultanés de la part de la société Transfunéraire, démontrant l’existence d’une pratique d’abus de position dominante visant à évincer ses concurrents sur le marché en captant la clientèle potentielle au sein du CHT ou par téléphone grâce aux informations qu’elle a obtenu dans le cadre de son activité de gestionnaire de la chambre mortuaire du CHT.
190. L’Autorité en déduit que même si la notification de griefs n’établit pas que les pratiques constatées *supra* ont permis à la société Transfunéraire d’augmenter ses parts de marché sur le marché des prestations funéraires et son chiffre d’affaires, il a en revanche été démontré, à suffisance de preuves, que les pratiques de confusion et de captation de clientèle mises en œuvre par la société Transfunéraire ont eu pour effet de limiter le choix des familles au moment de l’organisation des obsèques et ont pu avoir pour effet d’évincer ses concurrents. En outre, il n’est pas exclu que ces pratiques aient permis à cette société de limiter ses difficultés commerciales, dont les causes sont potentiellement nombreuses, en se réservant une clientèle captive et vulnérable au CHT.

¹⁶⁰ CJUE, affaire « TeliaSonera », 17 février 2011.

¹⁶¹ Cass. com. 2 septembre 2020, 18-18.501.

III. Appréciation des sanctions

A. *L'imputabilité des pratiques*

191. Compte tenu des éléments exposés *supra*, lorsqu'une entreprise, comprise comme une unité économique comportant plusieurs personnes morales, commet une infraction au droit de la concurrence, chaque personne morale composant cette entreprise peut être tenue individuellement responsable de ces comportements, dans la mesure où elle ne constitue qu'un démembrement de l'unité économique ayant mis en œuvre les pratiques poursuivies.
192. En l'espèce, l'abus de position dominante sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au CHT a été mis en œuvre par la société Transfunéraire.
193. La société Transfunéraire est, comme vu *supra*, l'une des sociétés du groupe « Transfunéraire »¹⁶². Elle est détenue à 100 % par la société Pompes Funèbres Transfunéraire, dont Monsieur Richard Huryn est l'actionnaire majoritaire. Monsieur Richard Huryn est par ailleurs l'unique associé de la société Transport de Corps.
194. Ainsi, il y a lieu de considérer que les sociétés Transfunéraire, Pompes Funèbres Transfunéraire et Transports de Corps constituent une seule et même entreprise au sens du droit de la concurrence.
195. Compte tenu des éléments exposés *supra*, il convient d'imputer les pratiques constitutives de l'abus de position dominante en cause :
 - A la société Transfunéraire en qualité d'auteure ;
 - A la société Transport de Corps en qualité d'auteure,
 - A la société Pompes funèbres Transfunéraire en qualité de société mère de la société Transfunéraire.

B. *Les sanctions pécuniaires*

196. Conformément au I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.*

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 175.000.000 F CFP. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

Par ailleurs, la durée d'une infraction aux règles de concurrence est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de

¹⁶² Voir les développements *supra* relatifs à la présentation des entreprises concernées.

l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes. »

1. Sur la gravité des pratiques

197. Lorsqu'elle apprécie la gravité d'une infraction, l'Autorité tient notamment compte de la nature de l'infraction, de ses caractéristiques objectives, des secteurs en cause et de la qualité des personnes susceptibles d'être affectées.
198. En l'espèce, l'Autorité considère que la confusion entretenue par la société Transfunéraire auprès des familles des défunts et la captation de clientèle au CHT ou par téléphone sont des comportements graves.
199. La gravité des pratiques est accentuée par le fait que les familles des défunts se trouvent, au moment où elles accordent leur confiance à un prestataire de pompes funèbres, dans un état de dépendance tenant, d'une part, à la nécessité d'organiser rapidement l'enlèvement du corps de leur proche au CHT ainsi que les funérailles, et d'autre part, au désarroi provoqué par le deuil¹⁶³.
200. Ces pratiques sont d'autant plus graves en Nouvelle-Calédonie que, comme l'a déjà souligné l'Autorité dans son avis n° 2021-A-03 du 12 octobre 2021, le coût des obsèques est particulièrement élevé et pèse sur le budget des ménages, alors que les consommateurs ultramarins disposent d'un pouvoir d'achat plus faible qu'en métropole¹⁶⁴.
201. Dans ces conditions, les pratiques anticoncurrentielles constatées *supra* visant à limiter le choix des familles pour l'organisation des obsèques de leurs proches revêtent un caractère particulier de gravité.

2. Sur le dommage à l'économie

202. Comme l'Autorité a déjà eu l'occasion de le souligner dans le cadre de la décision 2022-PAC-01 précitée, « *Pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, l'Autorité tient compte de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée entre autres par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des parties dans le secteur concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur concerné*¹⁶⁵. *Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre*¹⁶⁶. »
203. En l'espèce, la pratique consistant à créer plusieurs sociétés satellites pour apparaître sur le planning de garde du CHT¹⁶⁷, comme l'offre de la société PFC, qualifiée d'anormalement basse par le directeur du CHT¹⁶⁸, pour tenter de remporter le marché attribué à la société Transfunéraire, attestent du fait que le CHT représente une importante source d'activité pour les entreprises de pompes funèbres.

¹⁶³ Voir en ce sens les décisions n°04-D-70, 04-D-21 et 03-D-15 précitées.

¹⁶⁴ Voir la Décision n° 16-D-15 du 6 juillet 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en outre-mer.

¹⁶⁵ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2011, Orange France.

¹⁶⁶ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910.

¹⁶⁷ Voir les auditions des représentants des entreprises de pompes funèbres : annexe 32, cote 97 ; annexe 179, cote 52136 ; annexe 190, cote 52270 ; annexe 191, cote 52195.

¹⁶⁸ Voir annexe 90, cote 3121.

204. En pratique, les comportements de la société Transfunéraire constitutifs d'un abus de position dominante ont restreint le développement du libre exercice de la concurrence par les autres opérateurs funéraires du Grand Nouméa sur les services funéraires proposés aux familles des malades décédés au CHT pendant une période de 3 ans, 5 mois et 21 jours.
205. Ces pratiques ont donc nécessairement causé un trouble à l'ordre public économique et ont pu causer un dommage à l'économie en réduisant la faculté des familles des personnes décédées au CHT de faire jouer la concurrence pour obtenir des prix plus bas.
206. Le dommage à l'économie est d'autant plus important que le nombre de décès au CHT représente environ un tiers des décès sur l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie.

3. Sur la situation financière de l'entreprise en cause

207. L'examen de la situation financière de l'entreprise mise en cause permet à l'Autorité d'apprécier sa capacité contributive ainsi que, d'une manière plus générale, sa taille. Les chiffres utilisés à cet égard sont généralement le chiffre d'affaires et le résultat net figurant sur les liasses fiscales déposées par les sociétés auprès de l'administration fiscale et communiquées au service d'instruction par les sociétés. Le cas échéant, l'Autorité peut également prendre en compte le fait qu'une société soit la filiale d'un groupe plus important, qu'elle soit la maison-mère d'autres filiales ou qu'elle ait plusieurs activités.
208. Si la société mise en cause entend faire valoir qu'elle subit des difficultés impactant sa capacité contributive, elle doit fournir l'ensemble des documents et informations justifiant de ces difficultés et de leurs conséquences, au plus tard à la date d'expiration du délai pour présenter ses observations au présent document.
209. En l'espèce, la société Transfunéraire a rappelé que l'ensemble du « groupe » Transfunéraire est en réalité une petite entreprise composée d'un gérant et de trois salariés, qui connaît des difficultés commerciales comme le montre la baisse régulière de son chiffre d'affaires entre 2017 et 2020 malgré l'augmentation du nombre de décès en Nouvelle-Calédonie. Elle a donc invité l'Autorité à en tenir compte dans l'appréciation d'éventuelles sanctions.
210. Le chiffre d'affaires à retenir aux fins d'une éventuelle sanction pécuniaire est celui de l'entreprise au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire, le chiffre d'affaires mondial réalisé par l'ensemble des sociétés qui la compose.¹⁶⁹
211. Comme vu *supra*, il y a lieu de considérer que le chiffre d'affaires consolidé du groupe Transfunéraire¹⁷⁰ correspond à la somme des chiffres d'affaires des sociétés Transfunéraire¹⁷¹, Pompes Funèbres Transfunéraire¹⁷² et de Transport de Corps¹⁷³, qui s'est élevée à :
 - 155 399 472 F.CFP en 2017 ;
 - 146 626 071 F.CFP en 2018 ;
 - 141 936 772 F.CFP en 2019 ;
 - 142 639 335 F. CFP en 2020.

¹⁶⁹ Voir la décision de la Commission européenne Knauf précitée, point 499.

¹⁷⁰ Voir la définition de l'INSEE en métropole : « Le chiffre d'affaires consolidé est la somme des chiffres d'affaires des unités légales d'un groupe, à laquelle on ôte le chiffre d'affaires réalisé entre les filiales du groupe. ».

¹⁷¹ 12 918 800 FCFP Voir les comptes 2019 de la SARL Transfunéraire

¹⁷² 119 305 180 FCFP Voir les comptes 2019 de la SARL Pompes funèbre Transfunéraire

¹⁷³ 5 241 432 FCFP Voir les comptes 2019 de la SARL Transport de corps

212. L'Autorité constate que malgré les difficultés alléguées par le groupe Transfunéraire, l'examen de ses comptes montre que celui-ci vu son résultat net comptable progresser passant de 833 987 F.CFP en 2020 contre 207 876 F.CFP en 2019.

4. Sur le montant des sanctions

213. La base de calcul du plafond légal en matière de pratiques d'abus de position dominante est le chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé le plus élevé connu réalisé par le groupe Transfunéraire pendant la période de 2017 à 2021. En l'espèce, l'Autorité retient comme base de calcul le chiffre d'affaires de l'année 2017, soit 155 399 472 F. CFP.
214. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, l'Autorité considère qu'il y a lieu d'infliger à la société Transfunéraire en tant qu'auteure, solidairement avec la société Pompes Funèbres Transfunéraire, en qualité de société mère, une sanction d'un montant de 2 millions F. CFP au titre des griefs n° 1 à 3, soit 25 % du montant maximal de la sanction encourue.

C. Les sanctions non pécuniaires

215. Par application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut également ordonner « *la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».
216. En l'espèce, il y a lieu, compte tenu des faits constatés par la présente décision et de la gravité de l'infraction relevée, d'ordonner aux sociétés mises en cause de faire publier, à leurs frais, solidairement, dans l'édition papier du journal « Les Nouvelles Calédoniennes », le résumé de la présente décision figurant ci-après, dans un délai d'un mois à compter de sa notification :

L'Autorité de la concurrence sanctionne le groupe Transfunéraire pour abus de position dominante dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie (décision n° 2022-PAC-03 du 17 mai 2022)

Dans sa décision n° 2022-PAC-03 du 17 mai 2022, l'Autorité de la concurrence sanctionne la société Transfunéraire, sur le fondement de l'article Lp. 421-2 du code de commerce, pour avoir exploité de façon abusive sa position monopolistique sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt de corps réfrigérés au CHT Gaston Bourret (Médipôle) en mettant en œuvre des pratiques destinées à évincer ses concurrents sur le marché connexe des services funéraires, pendant 3 ans et demi.

En l'espèce, l'instruction a démontré que dans le cadre de la gestion de la salle de dépôt des corps réfrigérée au CHT, la société Transfunéraire a développé des pratiques de confusion et de captation de la clientèle constituée des familles des défunts pour orienter leurs choix afin d'être retenue pour le transport de corps et l'organisation des obsèques à la sortie de l'hôpital.

L'Autorité considère que ces pratiques sont d'une particulière gravité puisqu'elles touchent des familles vulnérables dans un secteur sensible ayant un impact important sur le budget des ménages et qu'elles ont causé un trouble à l'ordre public pendant près de 3 ans et demi. Pour le calcul de la sanction, l'Autorité a néanmoins pris en considération le fait que ces pratiques ont été mises en œuvre par une petite entreprise qui a vu son chiffre d'affaires diminuer pendant cette période.

En conséquence, elle a infligé au groupe Transfunéraire une sanction de 2 millions FCFP correspondant à 25 % du montant maximal de la sanction encourue.

DECISION

Article 1^{er} : Il est établi que la SARL Transfunéraire a enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie en exploitant de façon abusive sa position de monopole sur le marché de la prise en charge des corps des patients décédés et de la gestion de la salle de dépôt réfrigéré au Centre Hospitalier Territorial Gaston Bourret, à travers des pratiques de confusion et de captation de clientèle visant à limiter la concurrence sur le marché des services funéraires entre le 11 octobre 2018 et le 1^{er} avril 2021 inclus.

Article 2: Il est infligé, au titre des pratiques visées à l'article 1^{er}, une sanction pécuniaire d'un montant de 2 millions F. CFP à la SARL Transfunéraire en tant qu'auteur, solidairement avec la société Pompes Funèbres Transfunéraire, en qualité de société mère.

Article 3 : La SARL Transfunéraire fera publier, à ses frais, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le texte figurant au paragraphe 216, en respectant la mise en forme, dans l'édition papier du journal « Les Nouvelles Calédoniennes ». Cette publication devra comprendre leur logo et intervenir dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc en police de taille 12 sous le titre suivant, en caractères gras de même taille : « **L'Autorité de la concurrence sanctionne le groupe Transfunéraire pour abus de position dominante dans le secteur des pompes funèbres en Nouvelle-Calédonie (décision n° 2022-PAC-03 du 17 mai 2022)** ». Elle pourra être suivie de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Transfunéraire adressera au bureau de la procédure de l'Autorité, copie de cette publication, dès sa parution.

Délibéré sur le rapport oral de MM. Corentin Pétilion et Jonathan Reb, rapporteurs, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, M. Robin Simpson, membre.

La secrétaire de séance

La présidente



Flavienne Haluatr



Aurélie Zoude-Le Berre