

Décision n° 2015-E-01

du 16 janvier 2015

concernant une procédure au fond

mettant en cause

la Ville de Luxembourg

Le Conseil de la concurrence ;

Vu l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la communication des griefs du conseiller désigné du 28 juillet 2014 ;

Vu les observations écrites du 12 septembre 2014 de Madame le Bourgmestre de la Ville de Luxembourg ;

Après avoir entendu lors de l'audition du 23 octobre 2014 Monsieur Jean-Claude Weidert, conseiller désigné, le représentant du ministre de l'Economie en la personne de Madame Elisabeth Mannes-Kieffer, la partie poursuivie représentée par Monsieur Gilbert Probst, Monsieur Romain Michel, Monsieur Michel Leclerc, Monsieur Luc Theis et Monsieur Jean-Claude Frisch, la partie plaignante représentée par Me Gabriel Bleser, Monsieur Michel Wadlé, Monsieur Thierry Graul, Monsieur Patrick Schumacher et Monsieur Jean-Paul Erasmy ;

Vu la décision du 8 décembre 2014 du Conseil communal de la Ville de Luxembourg portant modification de l'article 4 du règlement du 2 juin 2014 concernant les cimetières ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit ;

Index

1	La saisine du Conseil de la concurrence	4
2	La définition du marché	4
3	L'entreprise visée.....	5
3.1	Le statut juridique de la Ville de Luxembourg	6
3.2	Le caractère économique de l'activité de transport des dépouilles mortelles	8
4	Les préoccupations de concurrence exprimées par le conseiller désigné	9
5	L'engagement de la Ville de Luxembourg.....	10

1 La saisine du Conseil de la concurrence

1. Par courrier du 20 mars 2014, le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») a été saisi par le Président de la Fédération des Entreprises des Pompes funèbres et de Crémation du Luxembourg (ci-après : « la Fédération ») au sujet de l'organisation du transport des dépouilles mortelles sur le territoire de la Ville de Luxembourg. Dans ce courrier, la Fédération reproche à la Ville de Luxembourg de s'être arrogé le monopole dans le transport des dépouilles mortelles sur le territoire de la Ville de Luxembourg, ce qui équivaldrait à un abus au sens de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi ») et/ou de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « 102 TFUE »).
2. Il y a lieu de retenir que le transport des dépouilles mortelles par corbillard est normalement effectué par les entreprises privées de pompes funèbres, excepté sur le territoire de la Ville de Luxembourg. Comme mentionné dans le courrier du 24 mars 2014 adressé par le Président de la Fédération au Conseil, le site Internet de la Ville de Luxembourg renseigne que :

« Le transport des corps sur le territoire de la ville et vers les cimetières de la ville est réservé à l'administration municipale, à moins qu'il se fasse sans interruption à partir du territoire d'une autre commune. »

Le texte est repris mot par mot du premier alinéa de l'article 4 du règlement communal du 2 juin 2014 concernant les cimetières (ci-après : « le règlement cimetières »).

2 La définition du marché

3. La définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle revêt une importance fondamentale car il arrive qu'une entreprise se trouve en position dominante ou non en fonction de la délimitation du marché qui a été retenue.
4. Le marché en cause doit être défini à la fois en termes de produits ou services et en termes géographiques. La méthodologie employée dans la définition du marché en cause se base sur les concepts établis par la Commission européenne dans sa « *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence* » du 9 décembre 1997 (ci-après : « la Communication »).¹

¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97 /C 372 /03) du 9 décembre 1997.

5. En l'espèce, l'affaire concerne l'activité des pompes funèbres. L'arrêté grand-ducal du 14 février 1913 réglant le transport de cadavres n'apporte pas de précisions sur le service de transport de dépouilles mortelles. En revanche, le règlement grand-ducal en matière de droit d'établissement du 1er décembre 2011² apporte des précisions sur le métier d'entrepreneur de pompes funèbres. Ce règlement précise que ce métier est chargé de la mise en bière de dépouilles mortelles, de la réalisation de travaux de finition de cercueils, du transport de dépouilles mortelles, de la préparation de dépouilles mortelles ainsi que des manipulations se rapportant aux mesures garantissant le respect des conditions d'hygiène et de désinfection, de travaux et de fermeture de fosses et d'exhumation et enfin de la décoration des salles funèbres.
6. Bien que ces activités soient distinctes l'une de l'autre, l'ensemble de ces activités sont en pratique exercées par un seul et même prestataire de pompes funèbres. Il n'est pas d'usage que les proches du défunt s'adressent à différents prestataires pour réaliser les différentes étapes funéraires. En outre, de par leur formation, les entrepreneurs de pompes funèbres sont à la fois en mesure et enclins à proposer un service complet aux familles du défunt.
7. L'ensemble des services funéraires doivent être réalisés dans les plus brefs délais. En l'espèce, l'inhumation d'un corps humain doit avoir lieu entre la 24^{ème} et la 72^{ème} heure suivant le décès, sauf circonstances exceptionnelles. C'est pourquoi les entreprises funéraires proposent des devis couvrant l'ensemble des prestations (aide dans les démarches administratives, préparation des corps, transport des dépouilles, crémation, décoration...). Il est techniquement et matériellement difficile de dissocier ces activités.
8. Il pourrait être déduit de tout ce qui précède que l'ensemble des activités susvisées appartiennent au même marché, celui des services de pompes funèbres. Toutefois, sur le territoire de la Ville de Luxembourg, la situation est spécifique dans la mesure où le service du transport des dépouilles mortelles sort de l'ensemble des activités des services de pompes funèbres, précisément du fait du monopole de la Ville de Luxembourg sur ce segment de marché. Ainsi, le marché retenu en l'espèce est celui du transport des dépouilles mortelles sur le territoire de la Ville de Luxembourg.

3 L'entreprise visée

9. Ville de Luxembourg
Hôtel de Ville
L-2090 Luxembourg

² Règlement grand-ducal du 1er décembre 2011 ayant pour objet:

1. d'établir la liste et le champ d'application des activités artisanales prévues à l'article 12(1) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; (...).

L'enquête concerne plus particulièrement les activités de la Ville de Luxembourg en matière de pompes funèbres. La Ville de Luxembourg gère treize cimetières sur son territoire et a effectué, en 2013, 380 transports de dépouilles mortelles vers les cimetières de la ville. Elle effectue également, sur réquisition de la Police-Grand-Ducale, des transports vers le Laboratoire National de Santé à Dudelange. La Ville de Luxembourg n'effectue cependant pas les transports vers le Crématoire de Luxembourg à Luxembourg-Hamm.³

3.1 Le statut juridique de la Ville de Luxembourg

10. Les procédures du Conseil se réfèrent au et s'orientent systématiquement sur le droit européen de la concurrence, à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence y relative. Ceci correspond à l'esprit de la loi, laquelle tend (de même que la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, qui l'a précédée) à une convergence du droit luxembourgeois de la concurrence avec le droit de la concurrence de l'Union européenne.
11. Les dispositions de la section 1 du Chapitre 1 du titre VII du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), intitulé « *Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations* » (articles 101 à 106) s'appliquent aux « *entreprises* ». Toutefois, le traité ne donne pas de définition précise du terme « *entreprise* ».
12. Mais la jurisprudence communautaire a dessiné les contours de cette notion. Depuis l'arrêt *Höfner*, arrêt de référence en la matière, une entreprise au sens du droit européen de la concurrence peut être définie comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁴.
13. Pour être qualifiée d'entreprise, l'entité concernée doit donc exercer une activité économique :

*«Aux fins de la législation antitrust communautaire, on entend par entreprise toute entité exerçant une activité économique, c'est-à-dire une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de son statut juridique et son mode de financement. Pour que ces conditions soient remplies, il n'est pas obligatoire que cette entité ait pour vocation de dégager des bénéfices; de même, les organismes publics ne sont pas exclus d'office.»*⁵
14. Le statut juridique ou encore le mode de financement d'une entité n'a pas d'impact sur sa

³ Courrier du 14 juillet 2014 de la Ville de Luxembourg en réponse à la demande de renseignements de juin 2014.

⁴ Arrêt de la Cour du 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser / Macroton GmbH*, ECLI :EU :C :1991 :161, point 21.

⁵ Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne. Antitrust et contrôle des opérations de concentrations, Commission européenne, Direction générale de concurrence, Bruxelles, juillet 2002.

qualification en tant qu'entreprise. Comme cité supra, une entreprise publique ou un service communal peuvent également être qualifiés d'entreprise au sens du droit de la concurrence européenne.

15. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat français a considéré dans son rapport annuel de 2002, que :

« Dès lors que les personnes publiques exercent une activité économique sur un marché en fournissant des biens ou des services, il leur est fait application, comme à tout opérateur économique, des règles du droit de la concurrence, c'est-à-dire essentiellement, de la prohibition des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante ».

16. En ce qui concerne l'activité de pompes funèbres, le Conseil de la concurrence français a considéré, dans la décision Régie municipale des pompes funèbres de Marseille⁶ que l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquait *« y compris aux activités qui sont le fait de personnes publiques ».*

17. De même, la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : « la Cour ») a reconnu de longue date que le droit de la concurrence est susceptible de s'appliquer aux personnes publiques, et notamment aux *« autorités publiques aux niveaux régional, provincial ou communal ».*

18. A titre d'illustration, elle a considéré, dans son arrêt *« Höfner »*⁷ qu'un bureau public de placement de main d'œuvre constitue une entreprise au sens des règles de concurrence, dès lors que son activité présente un caractère économique. En outre, il ressort de l'affaire *Commission / Italie*⁸ que le droit de la concurrence s'applique à un organisme public doté d'un pouvoir normatif de droit public et que ce pouvoir normatif ne faisait pas perdre à *« l'entité »* son caractère d'entreprise.

19. En l'espèce et au titre de ces développements, il est clair que le statut public de la Ville de Luxembourg ne saurait faire obstacle à l'application du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence ne s'attache pas à la nature de l'entité pour la qualifier d'entreprise, mais examine la nature de ses activités, en cherchant à savoir si elles présentent un caractère économique.

20. De même, la question du mode de financement est secondaire et n'impacte pas sur la qualification d'entreprise. L'arrêt *Höfner* précité met également en relief l'indifférence du juge concernant le mode de financement d'une entité dans la détermination d'une entreprise au sens du droit de la concurrence.

⁶ Conseil de la concurrence (France), déc. N° 97-D-92, 16 déc. 1997, Régie municipale des pompes funèbres de Marseille, BOCCRF 28 févr. 1998, p. 97.

⁷ Voir l'arrêt *Höfner*, précité.

⁸ Arrêt de la Cour du 20 mars 1985, *Italie / Commission*, ECLI :EU :C :1995 :120, points 45-51.

21. C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut interpréter l'article 1er de la loi qui dispose que :

« Champ d'application

La présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires. »

3.2 Le caractère économique de l'activité de transport des dépouilles mortelles

22. Il s'avère que l'activité de transport de dépouilles vers les cimetières est assurée de manière exclusive par la Ville de Luxembourg, hormis le transport de dépouilles vers le Crématoire de Luxembourg. L'activité de transport de dépouilles a un caractère économique puisqu'elle est assurée en partie par des entreprises privées et qu'elle constitue un service spécialisé et onéreux, performés dans un but lucratif certain⁹.
23. Dans le même ordre d'idées, le Conseil de la concurrence français avait reconnu non seulement la qualification d'activité de service à l'activité de pompes funèbres en France, mais également son caractère économique.¹⁰
24. Finalement, il convient de souligner que le métier d'entrepreneur de pompes funèbres est soumis au droit d'établissement en vertu du règlement grand-ducal du 1er décembre 2011¹¹. Etant donné que le droit d'établissement est nécessaire pour exercer une activité économique, il en résulte que l'activité en cause est une activité de nature économique.
25. En conclusion, il ne fait aucun doute quant au caractère économique, au sens du droit de la concurrence, de l'activité de transport de dépouilles de la Ville de Luxembourg. De ce fait, le droit de la concurrence s'applique au cas d'espèce.

⁹ Arrêt de la Cour du 25 octobre 2001 *Glöckner / Landkreis Südwestpfalz*, ECLI:EU:C:2001:577.

¹⁰ Conseil de la concurrence (France), Régie municipale des pompes funèbres de Marseille, BOCCRF 28 février 1998, p.97.

¹¹ Règlement grand-ducal du 1er décembre 2011 ayant pour objet d'établir la liste et le champ d'application des activités artisanales prévues à l'article 12(1) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, annexe 2 : liste B, groupe 4 « construction ».

4 Les préoccupations de concurrence exprimées par le conseiller désigné

26. L'article 4 du règlement cimetières visé pose plusieurs problèmes.

Tout d'abord, la base légale et réglementaire à l'origine du monopole de la Ville de Luxembourg sur l'activité du service des pompes funèbres doit pouvoir être analysée par rapport au droit de la concurrence.

Ainsi, le Conseil d'Etat français considère que les règles de concurrence doivent être appliquées par « *toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution et de services* »¹².

Dans cet arrêt, qui concerne d'ailleurs le secteur des pompes funèbres, le Conseil d'Etat considère que l'acte administratif en lui-même et indépendamment du comportement ultérieur de l'entreprise, est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels et peut être incompatible au droit de la concurrence.

27. Il est indéniable qu'en se réservant le monopole du transport des dépouilles mortelles sur son territoire, la Ville de Luxembourg élimine la concurrence sur le marché.

28. Il s'y ajoute que ce monopole a été instauré sans justification objective. Il a été montré supra que l'activité de transport de dépouilles mortelles est normalement assurée par des opérateurs privés, l'exercice par une entreprise publique sur base d'un droit exclusif étant l'exception. L'attribution d'un droit exclusif ne saurait en l'espèce se justifier par des considérations de politique sociale, de service universel ou de l'exercice de la puissance publique. Une telle attribution de droits exclusifs était – éventuellement - justifiée à une époque où de tels transports pourraient constituer un danger pour la santé publique ou poser des problèmes d'hygiène, ce qui n'est guère le cas dans un contexte où les entreprises privées ont depuis longtemps pu démontrer leur compétence et leur maîtrise du métier.

29. Par ailleurs, il est rappelé que le règlement grand-ducal du 1er décembre 2011, précité, a prévu de manière expresse un droit d'établissement pour les opérateurs privés dans le secteur des pompes funèbres. Cette disposition signifie aussi que ce secteur – y inclus l'activité de transport de dépouilles mortelles - doit être ouvert aux opérateurs privés et ne saurait faire l'objet d'un monopole public.

30. Par conséquent, il apparaît injustifié que la Ville de Luxembourg se réserve le droit d'exercer de manière exclusive cette activité. Il est indéniable que cette exclusivité va, sans bonne raison, à l'encontre de l'esprit qui anime la politique de concurrence de l'Union européenne.

¹² CE. 3 novembre 1997, Société Million et Marais, req. 169907 ; AJDA p. 1012 et p. 945, D. Chauvaux et T-X Girardot, BaseX, RDF adm. 1998, p. 781.

31. Enfin, il y a lieu de relever que la Ville de Luxembourg effectue également, sur réquisition de la Police grand-ducale, les transports vers le Laboratoire National de Santé à Dudelange, mais n'effectue pas les transports vers le centre crématoire de Luxembourg-Hamm, qui pourtant se situe sur le territoire de la Ville de Luxembourg. Il apparaît alors que, d'un côté, le règlement communal n'est pas appliqué de façon systématique, et que, d'un autre côté, certaines courses ne sont pas couvertes par ce règlement. L'application quelque peu arbitraire du règlement illustre bien son caractère superfétatoire.
32. Il est encore contreproductif. En effet, en raison de l'exclusivité du transport de dépouilles mortelles attribuée aux services communaux, les familles se voient obligées de faire appel à deux corbillards dans le cas d'un décès. Une entreprise de pompes funèbres amène avec son corbillard la bière et procède à la mise en bière. Mais cette entreprise ne peut effectuer le transport vers le cimetière. La famille doit pour cela s'adresser aux services communaux, attendre l'arrivée du corbillard communal et, bien entendu, payer les frais de transport au corbillard privé *et* au corbillard communal. Il est indéniable que les effets du règlement visé sont à la fois contreproductifs et onéreux pour les utilisateurs sans contrepartie bénéfique.

5 L'engagement de la Ville de Luxembourg

33. Suite à l'audition du 23 octobre 2014, la Ville de Luxembourg a manifesté son intention de modifier son règlement cimetières pour tenir compte des préoccupations du conseiller désigné. Cet engagement de la part de la Ville de Luxembourg a entretemps été mis en œuvre. En effet, par lettre du 22 décembre 2014, Madame le Bourgmestre de la Ville de Luxembourg informe le Conseil qu'en sa séance du 8 décembre 2014, le Conseil communal de la Ville de Luxembourg a modifié la disposition litigieuse. La délibération du Conseil communal relève que :

« (...) suite à la communication des griefs relevés par le Conseil de la Concurrence (...), une audition a eu lieu le 23 octobre 2014 donnant aux parties l'occasion de faire connaître leur point de vue par rapport aux griefs soulevés ; que le Conseil de la Concurrence a pris l'affaire en délibéré tout en laissant entrevoir que le dossier pourrait être classé¹³ si la Ville était d'accord à modifier l'article 4 du règlement cimetières à brève échéance ;

Considérant que le collège échevinal propose dès lors de modifier le libellé de l'article 4 en le reformulant comme suit « Le transport des corps vers les cimetières de la ville se fait par auto-corbillard. » ;

(...)

¹³ Le Conseil a rendu les parties attentives sur une éventuelle application de l'article 13 de la loi relatif à la procédure d'engagements.

Entend Madame le bourgmestre-président exposant qu'il ne s'agit pas de concurrencer les entreprises de pompes funèbres, mais d'assurer les transports des dépouilles mortelles en toute dignité ; (...)

Arrête nouvellement le texte de l'article 4 du règlement concernant les cimetières qui a la teneur suivante :

Règlement concernant les cimetières

Article 4 :

« Le transport des corps vers les cimetières de la ville se fait par auto-corbillard. » »

34. Le Conseil accepte cet engagement, lequel a déjà été mis en œuvre par la publication du nouveau règlement cimetières, et qui met à l'évidence¹⁴ fin aux préoccupations de concurrence exprimés par le conseiller désigné.
35. Selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité exige que les mesures adoptées par une autorité de concurrence soient appropriées et nécessaires pour atteindre le but recherché.
36. La mise en œuvre par le Conseil du principe de proportionnalité dans le contexte spécifique de l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011, concernant des engagements, se limite à la vérification que ces engagements répondent aux préoccupations dont il a informé l'entreprise concernée et que cette dernière n'a pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations¹⁵.
37. Conformément aux décisions de la Commission européenne¹⁶, le Conseil peut, mutatis mutandis, rendre des engagements obligatoires sans qu'il ne soit nécessaire qu'il se prononce sur la matérialité d'une infraction.

¹⁴ Dans la mesure où il n'y a pas de contestation possible sur l'effet de l'engagement en ce qu'il tient compte des préoccupations du conseiller désigné, un test de marché ne s'impose pas dans la présente affaire. En effet, la plaignante a explicitement exigé comme mesure la suppression du monopole du transport des dépouilles mortelles sur le territoire de la Ville de Luxembourg, mesure qui est matérialisée par la modification du règlement cimetières telle que votée par le Conseil Communal en sa séance du 8 décembre 2014.

¹⁵ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 29 juin 2010, C-441/07 P, *Commission/Alrosa*, Rec. 2010, p I-5949, point 41.

¹⁶ Voir p.ex. la décision de la Commission européenne du 9 décembre 2009, affaire COMP/38.636 – RAMBUS (point 76).

38. Cette conclusion s'inspire, par ailleurs, du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité qui définit les décisions relatives aux engagements au considérant 13 comme suit : « *Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction* ».

adopte la décision suivante :

Article 1^{er} :

Le Conseil accepte et rend obligatoire l'engagement pris par la Ville de Luxembourg de modifier l'article 4 du règlement cimetières ayant pour effet de mettre fin aux préoccupations de concurrence.

Article 2 :

Cet engagement a été mis en œuvre par la publication dudit règlement voté en la séance du Conseil communal de la Ville de Luxembourg du 8 décembre 2014.

Article 3 :

Conformément à la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil décide qu'il n'y a plus lieu d'agir.

Ainsi délibéré et décidé unanimement à Luxembourg, le 16 janvier 2015.



Pierre Rauchs

Président



Marc Feyereisen

Conseiller



Mattia Melloni

Conseiller

Indication sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.