

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 01-D-55 du 21 septembre 2001 relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 28 mars 2000 sous le numéro F 1225, par laquelle le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, d'un dossier relatif à des pratiques mises en oeuvre sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la Fédération nationale de la mutualité française, la Mutuelle nationale des hospitaliers et des personnels de santé, la Mutualité Française-Gard et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement, les représentants de la Fédération nationale de la mutualité française, de la Mutuelle nationale des hospitaliers et des personnels de santé et de la Mutualité Française-Gard entendus lors de la séance du 24 avril 2001 ;

Adopte la décision suivante :

Première partie : Constatations

I. – Secteur d'activité

Section 1 – Généralités

1- La protection sociale complémentaire peut être définie comme la couverture des risques sociaux liés à la personne (maladie, maternité, incapacité, dépendance, décès) qui s'ajoute à celle assurée par le régime de base obligatoire de sécurité sociale.

2- Trois types d'entreprises ou organismes peuvent intervenir en France dans ce domaine :

- les sociétés anonymes et sociétés d'assurance mutuelle relevant du code des assurances ;
- les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural ;

- les mutuelles régies par le code de la mutualité.

3- Ces dernières sont communément appelées "*mutuelles santé*", par opposition aux mutuelles d'assurance. Ce sont des groupements à but non lucratif qui se proposent de mener, dans l'intérêt de leurs membres et principalement au moyen des cotisations de ceux-ci, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide (art. L. 111-1 du code de la mutualité). Ce sont des organismes sans capital social et qui peuvent distribuer à leurs membres leurs excédents éventuels. Le fonctionnement des mutuelles repose sur le principe d'égalité de traitement des adhérents (art. L. 121-2 du code de mutualité). Les cotisations ne sont pas fixées en fonction du risque mais peuvent l'être éventuellement en fonction du revenu des membres.

4- La catégorie des mutuelles régies par le code de la mutualité correspond à une réalité très hétérogène. Les mutuelles les plus importantes sont celles qui regroupent, à l'échelon national, des fonctionnaires d'un même secteur (Mutuelle générale de l'éducation nationale, Mutuelle générale des PTT, Mutuelle générale du personnel des collectivités locales, etc.). D'autres sont constituées à l'échelon local et peuvent se regrouper dans des unions départementales dotées de la personnalité juridique. Le mouvement mutualiste est également important dans le secteur privé, avec des mutuelles d'entreprises regroupant les salariés appartenant à une même entreprise ou des mutuelles constituées sur une base professionnelle ou interprofessionnelle. Les mutuelles qui ont un caractère interprofessionnel sont ouvertes à tous les assurés sociaux sans distinction.

5- A l'échelon national, les mutuelles sont regroupées au sein de fédérations. La Fédération nationale de la mutualité française (FNMF), la plus représentative, regroupe environ 85 % des mutuelles et 12 millions d'adhérents. Il existe deux autres fédérations minoritaires, la Fédération des mutuelles de France (FMF) et la Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles (FNIM), cette dernière ne représentant que 100 000 personnes environ.

6- Le mouvement mutualiste détient 62 % environ du marché de l'assurance maladie complémentaire contre 30 % pour les sociétés d'assurances et 8 % pour les instituts de prévoyance (source : revue *Capital* de janvier 1999).

Section 2 – Les organismes en cause dans la présente affaire

La Fédération nationale de la mutualité française (FNMF)

7- La FNMF regroupe 3.000 mutuelles, gérées par 55.000 personnes. Son siège est situé : 255, rue de Vaugirard – 75015 Paris. Adhèrent directement à la FNMF (valeurs 1997) :

- 95 unions départementales,
- 68 mutuelles nationales regroupant au moins 20.000 chefs de famille et implantées dans au moins 10 régions administratives et 50 départements,
- 73 mutuelles locales qui regroupent au moins 20.000 chefs de famille,
- 27 unions nationales de mutuelles à vocation technique ou professionnelle.

8- L'organisation de la FNMF est déconcentrée : Elle correspond à l'organisation administrative générale en ce qu'elle comprend des structures départementales et régionales.

- Les unions départementales :

L'union départementale a pour mission première de définir la politique générale de la mutualité dans le département compte tenu, notamment, des orientations des congrès et des décisions des assemblées générales de la FNMF. Ses adhérents sont les mutuelles ou unions de mutuelles, nationales ou locales, qui ont des adhérents, des sections, des représentants, implantés dans le département. L'adhésion à cette union départementale est d'ailleurs l'une des conditions à remplir pour pouvoir adhérer à la FNMF.

- Les unions régionales :

L'union régionale est constituée exclusivement des unions départementales. Il n'y a qu'une seule union régionale par région administrative. Par rapport aux structures départementales, les unions régionales ont un rôle plus "*politique*", qui consiste, par exemple, en des actions de représentation, d'information, de formation, etc.

La Mutuelle du Sud

9- La Mutuelle du Sud, dont le siège est situé : 55, Grand'rue Jean Moulin – 30100 Alès, est une mutuelle à vocation interprofessionnelle qui intervient, pour son activité santé, sur l'ensemble du territoire national. Elle est affiliée à la FNMF. Ses adhérents sont à 90 % des salariés. Les 10 % restants sont répartis à parts égales entre travailleurs indépendants et professions libérales. 98 % de ses adhérents résident dans le Gard et l'Hérault où elle compte 3.200 bénéficiaires.

La Mutuelle Nationale des Hospitaliers

10- La Mutuelle nationale des hospitaliers et des personnels de santé (MNH), dont le siège est situé : 331, avenue d'Antibes – 45200 Montargis, est adhérente à la FNMF et à la Mutualité de la Fonction Publique. Elle compte 520.000 membres cotisants, soit environ 1,1 million de bénéficiaires. Ses membres relèvent pour l'essentiel du secteur hospitalier public. Elle se situe au troisième rang, par ordre d'importance, des mutuelles de France.

La Mutualité Française-Gard (union départementale)

11- La Mutualité Française-Gard est l'union départementale du Gard de la FNMF. L'assemblée générale réunit l'ensemble des délégués des mutuelles adhérentes. Le conseil d'administration, élu par l'assemblée générale, comprend 39 administrateurs et se réunit 4 à 5 fois par an. Ce conseil élit un comité exécutif de 12 membres dont 1 président et 3 vice-présidents. Le comité exécutif est délégataire du conseil d'administration ; il a un pouvoir de décision.

II. - Les faits

Section 1 - Description du Pacte d'Union

12- La FNMF a adopté un Pacte d'Union lors de son assemblée générale du 26 mai 1984 qui comporte une annexe II intitulée " *règles de coexistence* " comprenant les clauses de non-concurrence et la clause tarifaire suivantes :

- Clauses de non concurrence :

" En ce qui concerne la concurrence entre groupements mutualistes fédérés :

- 1. ou elle n'existe pas et, dans ce cas, il est inutile – voire nuisible – de la susciter (...)*
- 2. ou la concurrence existe et il convient de la normaliser.*

A cet égard, les principes suivants sont adoptés (...):

Les mutuelles s'interdisent toute prospection de population déjà mutualisée, qu'il s'agisse de groupes ou d'individuels,

En cas de sollicitation d'un groupe d'entreprises déjà membre d'une mutuelle, le groupement qui reçoit la demande en informe l'autre et recherche un accord sur la manière de la traiter, l'objectif étant de maintenir le groupe au sein de la Mutualité.

Dès lors que, dans un même département, plusieurs mutuelles interviennent sur une même population, l'union met en place une commission de concertation, composée des intéressés.

Celle-ci a pour rôle :

1 – de coordonner les actions promotionnelles des mutuelles, notamment par une information réciproque des opérations envisagées (opération de mailing en particulier) ou, si possible, de contribuer à l'organisation d'actions communes. En toute hypothèse, les mutuelles font figurer dans leurs documents promotionnels l'indication selon laquelle l'appartenance de la personne ou du groupe à une mutuelle rend caduque l'offre qui lui est faite car, si les mutuelles cherchent à améliorer leur implantation, elles évitent de se concurrencer entre elles.

2 – (...)

3 – d'examiner au premier degré et tenter de résoudre tout différend survenu entre deux groupements.

Un examen particulier doit être fait de l'action des mutuelles à ressort pluri-départemental ou national : opérant une compensation nationale des risques, elles obtiennent un coût moyen avantageux dans les départements à forte consommation médicale, désavantageux dans le cas contraire.

Elles peuvent ainsi concurrencer certains organismes locaux avec des moyens qui, sans être déloyaux, n'en sont pas moins redoutables.

Il importe donc qu'elles respectent scrupuleusement les règles suivantes :

1. Règles générales

- interdiction de prospecter une population déjà mutualisée ;*
- adhésion à chacune des unions départementales concernées ;*
- participation à la ou aux commissions de concertation.*

2. Règles particulières

- lorsqu'une mutuelle à ressort pluri-départemental ou national envisage de s'implanter dans un département, elle prend contact préalablement avec l'union départementale afin de rechercher avec elle un accord sur les conditions précises de son implantation en respectant le contexte local et, en particulier, l'action déjà menée par les mutuelles du département ;*
- par extension, les mêmes règles s'imposent à tout groupement mutualiste fédéré "*

- **Clause tarifaire :**

" L'union met en place une commission de concertation, composée des intéressés. Celle-ci a pour rôle (...) d'organiser la concertation en matière de politique tarifaire des mutuelles "

13- Le 29 juin 1996, l'assemblée générale de la FNMF a adopté une résolution générale comprenant la mention suivante dans un chapitre intitulé " COHÉSION ET COHÉRENCE " : *" Pour assurer toutes ces missions, se mobiliser pour promouvoir sa politique, la FNMF se doit d'être unie, dans le respect de toutes ses composantes. Et pour cela, le pacte d'union demeure le texte de base définissant les règles de cohabitation et de travail en commun : toutes les mutuelles, groupements, unions s'engagent à le respecter de manière scrupuleuse "*

Toutes les mutuelles, tous les groupements de mutuelles, dès lors qu'ils appliquent ledit pacte, bénéficient du label et du logo FNMF L'article 1.5 du Pacte d'Union dispose, en outre, que le bénéficiaire de ce label *"fait siennes les orientations de la FNMF. Il fait partie du mouvement mutualiste. A ce titre, il accepte certaines contraintes : par exemple, refuser la concurrence interne "*

14- Par ailleurs, l'union départementale, qui est le " pivot " de la structure mutualiste, *" assure la régulation de la concurrence entre les groupements (...). Les principes qui la guident sont ceux définis dans l'annexe II " règles de coexistence " du pacte (art. 2-17) "*

Section 2 - Application du Pacte d'Union

15- A deux reprises, en 1996 et 1998, la Mutuelle du Sud a démarché par le personnel d'Alès. Cette initiative s'est heurtée à l'opposition de la MNH et de l'Union départementale. L'opposition de la MNH s'est manifestée par un échange de courriers entre la Mutuelle du Sud, la MNH et l'Union départementale. La MNH soutenait notamment que les dispositions du Pacte d'Union s'opposaient à ce que la Mutuelle du Sud démarché le personnel de l'hôpital d'Alès. Elle invitait en conséquence l'Union départementale à intervenir auprès de la Mutuelle du Sud pour qu'elle cesse ce qu'elle qualifiait de " *grave entorse au Pacte d'Union* ". L'Union départementale a, par ailleurs, réagi à la demande présentée par la MNH, tant en 1996 qu'en 1998.

1. - Litige de 1996

16- La Mutuelle du Sud ayant démarché le personnel de l'hôpital d'Alès, la MNH a exprimé sa désapprobation dans une lettre du 30 juillet 1996 adressée à la Mutuelle du Sud. Elle faisait référence au dernier paragraphe de la résolution de l'assemblée générale de la FNMF du 29 juin 1996, qui rappelait la nécessité de respecter les exigences du Pacte d'Union.

17- Le 30 juillet également, la MNH adressait un courrier à la Mutualité Française-Gard () pour dénoncer ce qu'elle qualifiait de " *grave entorse* " au Pacte d'Union et lui demander une intervention auprès de la Mutuelle du Sud afin que cessent de telles pratiques.

18- Le 13 août, la Mutualité Française-Gard notifiait à la Mutuelle du Sud que cette situation serait évoquée lors du comité exécutif du 30 août suivant.

19- Le 30 août, la Mutualité Française-Gard indiquait à la Mutuelle du Sud qu'à la demande unanime des membres du comité exécutif, réunis ce jour là, la question serait inscrite à l'ordre du jour du conseil d'administration du 27 septembre suivant. Le compte rendu du comité exécutif de la Mutualité Française-Gard, en effet, relate le différend entre les deux mutuelles. L'éventualité d'exclure la Mutuelle du Sud de l'union départementale est même évoquée par l'un des membres dudit comité.

20- Le 5 septembre, la Mutuelle du Sud écrivait à la MNH pour tenter de justifier son intervention auprès des personnels de l'hôpital d'Alès. Elle adressait, le lendemain, une copie de ce courrier à la Mutualité Française-Gard.

21- Le 10 septembre, la MNH, répondant à la Mutuelle du Sud, lui indiquait que le Pacte d'Union n'était pas un " *accord à géométrie variable* ", et qu'il prévoyait au contraire de façon très nette, pour toutes les mutuelles adhérentes à la FNMF, l'interdiction de prospecter et démarcher les populations déjà mutualisées.

22- Le 19 septembre, la Mutuelle du Sud répondait à la MNH qu'elle cessait toute " *information avec le centre hospitalier d'Alès* ". Copie de ce courrier était adressée le lendemain à la Mutualité Française-Gard pour information.

23- Le 23 septembre 1996, enfin, la MNH s'adressait à la Mutuelle du Sud, pour accuser réception de son courrier et lui préciser qu'elle souhaitait que : " *vous puissiez informer de votre maladresse gardoise vos collègues des mutuelles inter-professionnelles, et les inciter eux aussi à la réserve et au respect des spécificités des mutuelles de la fonction publique, et plus particulièrement, de la fonction publique* "

hospitalière".

24- Le compte rendu du conseil d'administration de la Mutualité Française – Gard du 27 septembre 1996 traduit la large place consacrée au débat sur ce problème et prend acte de l'épilogue de l'affaire, la Mutuelle du Sud étant finalement revenue sur ses positions.

2. - Litige de 1998

25- Le Conseil d'Administration de la Mutualité Française-Gard s'est réuni le 17 septembre 1998. A l'ordre du jour était inscrit un chapitre 3, intitulé " *Relations avec la Mutuelle du Sud (point inscrit à leur demande)* ". Dans ce chapitre, sont traités plusieurs problèmes mettant en cause cette mutuelle.

En ce qui concerne plus particulièrement le problème de l'hôpital d'Alès, il apparaît que le représentant de la Mutuelle du Sud, résumant brièvement l'affaire, précisait que sa mutuelle avait immédiatement écrit à la MNH pour l'informer de ses démarches auprès de l'hôpital et pour lui demander sa " *position* " sur le sujet. En réponse, le représentant de l'union départementale observait que la Mutuelle du Sud n'avait même pas à engager cette démarche et qu'il lui suffisait de ne pas accéder aux sollicitations de l'hôpital d'Alès. Mme Driole, administratrice de l'union départementale indiquait ensuite, à propos de cette affaire, être " *ulcérée* " par le comportement de la Mutuelle du Sud. Elle ajoutait qu'elle pensait que les instances devaient se prononcer sur la présence de cette mutuelle dans l'union départementale et demandait qu'un conseil d'administration extraordinaire soit consacré à cette question. M. Bressieux, trésorier général de l'union départementale, demandait en conclusion que le conseil d'administration décide, soit de clore le débat, soit de mandater le comité exécutif de l'union pour suivre le dossier en recevant le président et le directeur de la Mutuelle du Sud. In fine, le conseil d'administration approuvait à l'unanimité cette dernière proposition.

26- Le 2 octobre suivant, ledit comité exécutif se réunissait. Après avoir constaté l'absence des responsables de la Mutuelle du Sud, le compte rendu de ce comité relatait les diverses interventions. Le problème avec la MNH n'était pas spécialement cité, mais il était fait état de la " *très forte et agressive concurrence* " exercée par la Mutuelle du Sud à l'encontre des mutuelles interprofessionnelles et des mutuelles de fonctionnaires. L'un des participants (M. Verdier) estimait même que le dossier de la Mutuelle du Sud, tel qu'il était, " *vaut déjà exclusion de l'union départementale* ". Il est à noter que les représentants de l'union régionale du Languedoc- Roussillon n'ont pas été entendus à l'occasion de cette enquête.

27- Le 23 juin 1998, c'est-à-dire quelques jours après avoir été conviée par l'hôpital d'Alès à une action d'information, la Mutuelle du Sud adressait un courrier à la MNH. Après avoir évoqué le différend survenu en 1996 entre les deux mutuelles sur le même problème, la Mutuelle du Sud, demande à la MNH quelle attitude elle doit adopter envers l'hôpital qui l'a sollicitée, " *conformément aux règles de coexistence prévues par le pacte d'union* ". Elle précise que si elle ne répondait pas, il en résulterait une éviction des populations mutualisées vers des assureurs.

28- Dans sa réponse en date du 10 juillet, la MNH indiquait que : " *dans la fidélité au pacte d'union, les mutuelles doivent s'interdire de démarcher les personnels déjà mutualisés par la MNH* ". Il précisait : " *je souhaite, en outre, que dans la fidélité à la ligne d'action de la FNMF, l'harmonie sans faille continue à régner entre les mutuelles fédérées et que toute tentative de concurrence soit bannie de nos relations* ".

29- Le 20 août, l'hôpital d'Alès a saisi la DDCCRF du Gard du " conflit " l'opposant à la MNH. Souhaitant accéder à une demande de son personnel, cet établissement avait entrepris des démarches auprès de la Mutuelle du Sud, ainsi que des sociétés d'assurances. Ces démarches ont provoqué une forte réaction de la MNH, analysée ci-après. Un courrier était adressé, le 16 juillet par la MNH, à l'hôpital d'Alès. Celle-ci faisait part de son étonnement d'avoir appris par la Mutuelle du Sud que cet organisme avait été contacté par l'hôpital pour " démarcher " son personnel. La réponse du centre hospitalier du 12 août marque avec fermeté le souci de ne pas favoriser telle ou telle mutuelle. Un courrier était adressé, le 29 août, par la MNH, à l'hôpital. Il y était notamment indiqué que les mutuelles adhérentes de la FNMF sont liées par un Pacte d'Union qui leur interdit *"toute tentative de démarchage et toute action de concurrence"*. Dans une réponse très laconique du 9 septembre, l'hôpital indiquait avoir *" relevé avec la plus grande satisfaction que, pas plus que nous, vous ne souhaitiez une opposition à la libre concurrence, notamment entre mutuelles appartenant à la FNMF"*.

30- Entendu le 9 juillet 1999, le président de la MNH a évoqué le Pacte d'Union pour expliquer sa position : *" ...En ce qui concerne le problème de l'hôpital d'Alès et de la Mutuelle du Sud, l'application du pacte d'union voté en 1984 m'a amené à réagir lorsque j'ai eu connaissance par notre correspondante à l'hôpital d'Alès des démarches effectuées par la Mutuelle du Sud en 1996. Sur mon intervention, le président et le directeur de la Mutuelle du Sud ont bien voulu reconnaître leur erreur tactique et renoncer à toute nouvelle démarche publicitaire. C'est ainsi qu'en 1998, ces mêmes responsables de la Mutuelle du Sud nous ont alertés lorsqu'ils ont été contactés par l'hôpital d'Alès, respectant ainsi le pacte d'union "*.

III. - La procédure

31- Par lettre enregistrée le 28 mars 2000 sous le numéro F 1225, le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, d'un dossier relatif à des pratiques mises en oeuvre par la FNMF.

32- Par lettre en date du 16 janvier 2001, les griefs suivants ont été notifiés :

- A l'encontre de la FNMF

Application de clauses de non-concurrence, en infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Application de clauses tarifaires, en infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce ;

- A l'encontre de la MNH

Application de clauses de non-concurrence, en infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce ;

- A l'encontre de la Mutualité Française-Gard

Application de clauses de non-concurrence, en infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce.

33- Par ailleurs, l'affaire était renvoyée à la commission permanente du Conseil sans établissement préalable d'un rapport, en application des dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce.

Deuxieme partie : Discussion

I. - Procédure

Sur la prescription

34- Les parties défenderesses soutiennent que les faits remontent à 1996 ou sont antérieurs, et sont donc prescrits.

35- Mais l'Assemblée Générale du 29 juin 1996 de la FNMF a rappelé que le Pacte d'Union demeurait " *le texte de base définissant les règles de cohabitation et de travail en commun* ". En outre, le Pacte a été appliqué dans le cadre du litige ayant opposé la Mutuelle du Sud à la MNH en 1996 puisque dans sa lettre du 30 juillet 1996, la MNH dénonçait ce qu'elle considérait comme une " *grave entorse* " au Pacte d'Union et rappelait la nécessité d'en respecter les exigences. Il a également été appliqué dans le cadre du litige opposant les mêmes organisations en 1998 puisque, dans sa lettre du 10 juillet 1998, la MNH se référait à la " *fidélité au pacte d'union* ". Or, il résulte d'une jurisprudence constante que pour ce qui concerne les infractions continues ou continuées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin (CA Paris 26 févr. 1992, Louis Carreras ; Cons. conc. déc. n° 91-D-47, 5 nov. 1991 ; Cons. conc. déc. n° 96-D-63, 29 oct. 1996). Or le Pacte d'Union n'a été abrogé qu'en 1999. Il n'était donc pas couvert par la prescription lorsque celle-ci a été interrompue par l'audition de Mme PIAZZA, le 8 juin 1999.

Sur l'invocation de l'autorité de la chose jugée

36- Les parties défenderesses invoquent la décision n° 93-D-07 du 28 avril 1993 relative à une saisine présentée par la mutuelle générale des services publics dans laquelle le Conseil a énoncé que " *les dispositions du " pacte d'union ", en particulier, celles de son annexe 2, ne violent pas les dispositions précitées (articles 7 et 8) de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* " et en concluent que le principe de l'autorité de la chose jugée est applicable et que la saisine est donc irrecevable.

37- Concernant la décision n° 93-D-07, il convient de préciser que le Conseil avait été saisi par la Mutuelle Générale des Services Publics (MGSP) qui dénonçait les pratiques mises en œuvre par la Mutuelle Fonction Publique dans les termes suivants : " *au travers du pacte d'union signé entre toutes les mutuelles sectorielles, (la MFP) se partage le marché fonction publique empêchant, sauf rares exceptions, l'expression pluraliste* ". Le Conseil (dont l'analyse a été approuvée par la cour d'appel de Paris) a estimé que les faits évoqués n'étaient pas appuyés d'éléments suffisamment probants. Cette position était motivée comme suit : " *considérant que les documents qu'elle produit à l'appui de sa saisine ne permettent pas de déceler la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ; qu'à travers ces documents, la MAI (mutuelle de la direction générale des impôts) adhérant à la MFP, ne fait qu'inciter ses sections locales à être vigilantes face à la nouvelle concurrence exercée par la MGSP ; que les dispositions du Pacte d'Union, en particulier, celles de son annexe 2 ne violent pas les dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* ". Le Conseil a,

en conséquence, déclaré la saisine irrecevable.

38- Mais, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être invoquée, il faut que la demande soit formée entre les mêmes parties et qu'elle ait le même fondement juridique et le même objet. Or, si dans l'affaire n° 93-D-07 et dans la présente affaire, les poursuites sont fondées sur les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, et si les deux affaires ont le même objet, à savoir la répression de pratiques anticoncurrentielles, en revanche, les parties ne sont pas les mêmes.

Sur la portée des griefs notifiés

39- La MNH soutient que la notification de griefs ne concerne que le litige de 1998, à l'exclusion de celui de 1996, dans la mesure où le rapport administratif n'évoque celui-ci que " *pour mémoire* ".

40- Mais il résulte d'une jurisprudence constante que, comme l'a affirmé le Conseil dans son rapport pour 1990, " *dès lors qu'ils se rattachent au fonctionnement du marché dont le Conseil a été saisi in rem, les griefs retenus peuvent être différents de ceux mentionnés dans les actes de saisine* ".

41- Il convient d'ajouter que la notification de griefs visait bien le litige de 1996. Elle énonce, en effet, que sont visées à l'article L. 420-1 du code de commerce les " *pratiques (...) mises en œuvre par la Mutuelle nationale des hospitaliers et par la Mutualité Française Gard visant à s'opposer, tant en 1996 qu'en 1998, à ce que la Mutuelle du Sud démarche le personnel du centre hospitalier d'Alès* ".

Sur le champ d'application du droit de la concurrence

42 - La FNMF et la Mutualité Française-Gard soutiennent qu'elles n'exercent pas d'activité dans le domaine de la protection sociale complémentaire et que les dispositions de l'article L. 420-1 ne leur sont donc pas applicables.

43- La qualité d'entreprise des parties n'est pas une condition d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce. Comme l'a énoncé la cour d'appel de Paris, " *Le concours de volontés qui caractérise la concertation répréhensible peut être réalisé non seulement entre des entreprises mais aussi entre des personnes morales et des personnes physiques dès lors qu'elles exercent une activité économique et peuvent par leur accord modifier ou tenter de modifier les conditions normales du marché* " (). Il suffit même, comme la cour d'appel de Paris l'a énoncé, que l'une des parties à l'entente soit un acteur économique : " *considérant (...) que si, contrairement à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'article 7 de ce même texte ne pose pas comme condition de son application la qualité d'entreprise des parties à l'entente anticoncurrentielle, encore convient-il de rechercher si l'une au moins des parties à l'entente, peut être considérée comme un acteur économique exerçant une activité sur le marché* " ().

44- Or, la MNH intervient dans le secteur du remboursement complémentaire à l'assurance maladie qui est bien une activité de service, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce. A cet égard, il convient de préciser que si le Conseil de la concurrence considère que les activités des régimes de sécurité sociale ne relèvent pas du champ d'application du livre IV du code de commerce, dans la mesure où leur mission est " *exclusive de toute activité commerciale, économique ou spéculative* (), en revanche, la cour d'appel de

Paris a, à propos du marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie, estimé que "le régime juridique des sociétés mutualistes comme le caractère statutairement non commercial ou non lucratif de leur activité ne sont pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 " (). Il convient d'ajouter, comme l'a fait le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 91-D-04 du 29 janvier 1991, que lorsque les mutuelles interviennent sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie, elles interviennent en concurrence avec des organismes qui ne sont pas régis par le code de la mutualité, dont notamment les sociétés d'assurance.

45- Dans un avis rendu à propos des pratiques des centres d'optique mutualiste (), le Conseil a d'ailleurs énoncé que, dans le cadre de leur activité de protection sociale complémentaire, les mutuelles offrent des biens et services et ont une activité économique qui relève du livre IV du code de commerce.

46- La jurisprudence du Conseil se situe dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. En effet, si la Cour de justice a estimé, dans son arrêt Poucet et Pistre (), qu'étaient exclus de la notion d'entreprise les organismes chargés de la gestion de certains régimes obligatoires de sécurité sociale, fondés sur un principe de solidarité ; en revanche, dans son arrêt Fédération française des sociétés d'assurance e.a. (), elle a énoncé qu'un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant selon le principe de la capitalisation, était une entreprise. L'affiliation facultative, l'application du principe de capitalisation et le fait que les prestations dépendaient uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire impliquaient, selon la Cour, que cet organisme exerçait une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie. La Cour avait, par ailleurs, estimé que ni la poursuite d'une finalité à caractère social, ni l'absence de but lucratif, ni les exigences de solidarité, ni les autres règles relatives notamment aux restrictions auxquelles l'organisme gestionnaire était soumis dans la réalisation de ses investissements n'enlevaient à l'activité exercée par l'organisme gestionnaire sa nature économique.

47- La Cour de Justice a, par ailleurs, confirmé, dans son arrêt Pavel Pavlov, à propos d'un fonds de pension complémentaire, que l'absence de but lucratif et le fait que le fonds de pension puisse se prévaloir de certains éléments de solidarité (la solidarité se manifestait par l'obligation d'accepter tous les membres de la profession concernée sans examen médical préalable, par la prise en charge du versement des cotisations en vue de poursuivre la constitution de la pension en cas d'invalidité, par l'octroi de droits à pension rétroactifs aux affiliés qui exerçaient déjà la profession à la date de l'entrée en vigueur du régime ainsi que par l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur ; en outre, le montant de la cotisation perçue par le fonds était indépendant de l'âge auquel l'affilié a commencé à exercer la profession et de son état de santé à la date de son affiliation) ne suffisent pas à enlever au Fonds sa qualité d'entreprise ().

II. - Qualification

Section 1 – Analyse concurrentielle des faits

Sur la base des faits constatés, le Conseil formule l'analyse concurrentielle suivante :

48- Il est reproché à la FNMF d'avoir adopté et appliqué un Pacte d'Union qui comportait une clause

statutaire de non-concurrence et une clause prévoyant une concertation des mutuelles adhérentes en matière tarifaire. Il est reproché à la Mutuelle nationale des hospitaliers et des personnels de santé et à la Mutualité française-Gard d'avoir appliqué ces clauses.

49- Le Pacte d'Union, adopté lors de l'assemblée générale de la FNMF du 26 mai 1984, constitue une entente au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce dès lors qu'il résulte d'un accord de volontés entre les membres de cette Fédération, lesquels se livrent à des " *activités de production, de distribution et de service* ".

1.1. En ce qui concerne la clause de non-concurrence

50- Les clauses statutaires, qui imposent une obligation de non-concurrence aux adhérents d'un organisme, ont pour objet et peuvent avoir pour effet de protéger chaque adhérent de la concurrence des autres adhérents ; tel est le cas des clauses de non-concurrence contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union, intitulée " *règles de coexistence* " et éclairées par les dispositions de l'article 1.5 du Pacte d'Union selon lesquels les bénéficiaires du logo et du label FNMF adoptent " *certaines contraintes : par exemple, refuser la concurrence interne* ". Même si le démarchage de nouveaux adhérents, vise, formellement, à rechercher des membres et non des clients, il est constant que chaque mutuelle fournit à ses adhérents des services dont la cotisation est la contrepartie. Un engagement de ne pas démarcher les adhérents d'une autre mutuelle constitue donc bien, en pratique, un accord de partage de marché entre entreprises.

51- Ces clauses ont été appliquées par les trois parties en cause lorsque, à l'assemblée générale du 29 juin 1996, elles ont adopté une résolution selon laquelle " *le Pacte d'Union demeure le texte de base définissant les règles de cohabitation et de travail en commun* ". Elles ont également été appliquées par la MNH et la Mutualité Française-Gard dans les litiges de 1996 et 1998.

52- L'objet anticoncurrentiel de ces clauses résulte de ce qu'elles imposent aux mutuelles de faire " *figurer dans leurs documents promotionnels l'indication selon laquelle l'appartenance de la personne ou du groupe à une mutuelle rend caduque l'offre qui lui est faite car, si les mutuelles cherchent à améliorer leur implantation, elles évitent de se concurrencer entre elles* ". Il leur impose également de respecter " *scrupuleusement (...) l'interdiction de prospector une population déjà mutualisée* ".

53- Ces clauses ont également produit un effet anticoncurrentiel comme le montre leur application à la Mutuelle du Sud par la MNH et la Mutualité Française-Gard ;

54- Les pratiques décrites à la section II du II de la première partie et mises en œuvre par la MNH et par la Mutualité Française-Gard visant à s'opposer, tant en 1996 qu'en 1998, à ce que la Mutuelle du Sud par la MNH et la Mutualité Française du Gard démarche le personnel du centre hospitalier d'Alès, ont eu pour objet de les protéger de la concurrence d'autres mutuelles.

55- Au cas d'espèce, ces pratiques ont également produit un effet anticoncurrentiel puisqu'elles ont empêché la Mutuelle du Sud de prospector le personnel du centre hospitalier d'Alès. Si aucune mesure d'exclusion n'a été prise à l'encontre de la Mutuelle du Sud, à deux reprises, celle-ci a cédé aux pressions exercées à son encontre pour qu'elle mette un terme à ses démarches. A ce propos, madame Nicole PIAZZA, directrice des

affaires générales et de la communication du centre hospitalier d'Alès, faisant référence au problème survenu en 1998, a d'ailleurs déclaré :

" A la suite de cette affaire, la Mutuelle du Sud a renoncé à venir démarcher le personnel du centre hospitalier ".

1.2. En ce qui concerne la clause tarifaire

56- La clause suivante contenue dans l'annexe II du Pacte d'Union : *" l'Union met en place une commission, composée des intéressés. Celle-ci a pour rôle (...) d'organiser la concertation en matière de politique tarifaire des mutuelles "*, impose une obligation de concertation tarifaire à des organismes soumis à l'article L. 420-1 du code de commerce ; elle a pour objet et peut avoir pour effet de porter atteinte à la liberté de ces adhérents de fixer librement leurs prix. Cette clause est donc interdite par l'article L. 420-1 du code de commerce. De plus, elle a été appliquée par la FNMF qui, lors de son Assemblée Générale du 29 juin 1996, a adopté une résolution selon laquelle *" le Pacte d'Union demeure le texte de base définissant les règles de cohabitation et de travail en commun "*.

Section 2 – Arguments des parties et réponses du Conseil

57- La FNMF soutient qu'elle n'est pas intervenue dans les litiges de 1996 et 1998 et qu'en conséquence, aucun comportement anticoncurrentiel ne peut lui être reproché. Par ailleurs, Mutuelle Française-Gard soutient *" qu'aucun fait précis directement imputable à la Mutualité Française-Gard n'est relevé en 1998, mais seulement des débats qui se sont tenus au sein de son conseil d'administration, lors de sa réunion du 17 septembre 1998, et du comité exécutif, lors de sa réunion du 2 octobre 1998 "*.

Le Conseil relève à ce sujet, que le Pacte d'Union a été adopté par cette organisation en 1984 et qu'il n'a été abrogé qu'en 1999, c'est-à-dire après les litiges de 1996 et 1998. Il note également qu'en inscrivant les *" relations avec la Mutuelle du Sud "* à l'ordre du jour de son Conseil d'administration, et en évoquant à nouveau cette question à une réunion de son comité exécutif, la Mutualité Française-Gard a manifesté sa volonté de participer à l'application du Pacte d'Union.

58- Se prévalant de la position adoptée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire de la CNAB() la FNMF considère que les faits qui lui sont reprochés sont assimilables à des règles de délicatesse qui n'ont pas un caractère anticoncurrentiel. Elle soutient également que les pratiques en cause ne constituent pas des obstacles à l'accès au marché. Enfin, la clause tarifaire se bornerait, toujours selon la FNMF, à organiser un échange d'informations sur les prix.

Le Conseil note que la référence à l'affaire de la CNAB est peu pertinente. En effet, la cour d'appel a considéré que la CNAB pouvait faire référence à des principes de délicatesse inscrits dans les textes régissant certaines professions réglementées tels que les avocats et les officiers publics et ministériels. Or, tel n'est pas le cas des dispositions du Pacte d'Union. Par ailleurs, celui-ci va au-delà d'un simple rappel d'un principe de délicatesse, dès lors notamment qu'il impose aux mutuelles de respecter *" scrupuleusement (...) l'interdiction de prospecter une population déjà mutualisée "*. L'argument de l'absence d'obstacles à l'accès au marché est tout aussi peu pertinent. En effet, ce qui est reproché à la clause de non-concurrence, c'est de protéger chaque

adhérent de la concurrence des autres adhérents. Quant à la clause tarifaire, il suffit de rappeler qu'une jurisprudence bien établie condamne l'échange d'informations sur les prix entre concurrents.

59- La FNMF et la Mutuelle Française-Gard soutiennent que les faits qui leur sont reprochés sont justifiés par leur souci de préserver l'image et l'identité du mouvement mutualiste.

Le Conseil considère que le souci légitime de protection de l'image du mouvement mutualiste ne saurait justifier le recours à des pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, la référence que fait la FNMF à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 février 2000, n'est pas pertinente. En effet, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Caen en ce qu'elle avait admis la licéité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle d'un an contenue dans un contrat de franchise, dès lors qu'elle était conforme à l'article 3§1 c du règlement CE n° 4087/88. Or, la clause de non-concurrence contenue dans le Pacte d'Union n'est pas comparable. Il suffit de relever que cette clause a été en vigueur pendant 15 ans.

60- La FNMF et la MNH soutiennent que la violation du Pacte d'Union ne faisait pas l'objet de sanctions.

Mais la MNH reconnaît, dans ses observations du 16 mars 2001, que la violation du Pacte d'Union entraînait l'exclusion de la FNMF La circonstance, à la supposer établie, qu'aucune exclusion pour violation du Pacte d'Union n'a été effectivement prononcée ou que les dispositions du Pacte n'étaient pas respectées ou étaient tombées en désuétude n'a pas d'incidence sur la qualification. Au demeurant, il apparaît au contraire, comme il a déjà été indiqué ci-dessus, que le Pacte d'Union a bien été appliqué dans le cadre des litiges décrits ci-dessus survenus en 1996 et en 1998. Par ailleurs, la violation du Pacte d'Union est passible des sanctions prévues par les statuts de la FNMF : avant l'assemblée générale du 26 juin 1999, l'article 6 de ces statuts prévoyait que "*les groupements qui ne respectent pas les dispositions des présents statuts ou du pacte d'union ou du règlement intérieur ne peuvent utiliser le logo fédéral*".

61- La MNH et la FNMF soutiennent que les pratiques en cause n'ont produit aucun effet sensible sur le marché, que ce soit au niveau local ou au niveau national.

Mais les pratiques en cause concernent l'application du Pacte d'Union adopté par la FNMF qui regroupe 85 % des mutuelles lesquelles représentent elles-mêmes environ 62 % du marché de l'assurance maladie complémentaire. La mise en œuvre de ce Pacte est donc susceptible d'affecter de façon sensible le marché de l'assurance maladie complémentaire.

Section 3 - Conclusion

62- Il résulte de ce qui précède d'une part qu'en adoptant et en mettant en œuvre la clause de non concurrence et la clause tarifaire incluses dans le pacte d'union, la FNMF a méconnu les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce qui prohibe les ententes anticoncurrentielles et d'autre part, qu'en appliquant la clause de non-concurrence précitée, la Mutuelle Nationale des Hospitaliers et des personnels de santé et la Mutualité Française-Gard ont également violé ces dispositions.

III. - Exemption

Section 1 - Arguments des parties

63- La FNMF et la Mutualité Française-Gard revendiquent le bénéfice de l'exemption prévue à l'article L. 420-4 du code de commerce.

64- La Mutualité Française-Gard allègue en premier lieu que les articles L. 123-1 et suivants du code de la mutualité incitent les mutuelles à se grouper en unions et fédérations afin, notamment, de bénéficier de services communs. Elle précise qu'il y a un antagonisme certain entre, d'un côté, l'idée de rassemblement pour l'accomplissement d'une mission commune qui fonde la constitution d'unions et de fédérations de mutuelles et, d'un autre côté, la possibilité pour ces mêmes mutuelles de se livrer à une concurrence sauvage.

65- Elle invoque, en second lieu, l'article L. 125-9 du code de la mutualité qui interdit le recours à des intermédiaires ou personnels commissionnés pour le recrutement des adhérents et qui, selon elle, met l'accent sur la spécificité du mouvement mutualiste en le différenciant nettement des entreprises commerciales au sein desquelles ces pratiques sont la règle.

66- Pour sa part, la FNMF soutient que les pratiques en cause ont pour effet d'assurer un progrès économique dans la mesure où " *un démarchage de populations déjà mutualisées évite une dispersion des forces des mutuelles* ".

Section 2 - Appréciation du Conseil

67- Les pratiques anticoncurrentielles exposées ci-dessus ne peuvent être considérées comme la conséquence directe et nécessaire des dispositions des articles L. 123-1 et s. et L. 125-9 du code de la mutualité. Par ailleurs, il n'est nullement établi que les pratiques en cause étaient nécessaires pour obtenir les progrès économiques allégués.

IV. – Suites à donner

68- Les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; par suite et en vertu du principe de la non rétroactivité de la loi pénale, les dispositions, introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables. Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : " *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 10 000 000 F* ". En application de l'article L. 464-5 du même code, la commission permanente peut prononcer les mesures prévues à l'article L. 464-2, la

sanction pécuniaire prononcée ne pouvant excéder 500 000 F pour chacun des auteurs des pratiques prohibées.

69- La FNMF et la MNH soutiennent que le Pacte d'Union a été abrogé lors de l'assemblée générale du 26 juin 1999. Elles précisent que cette abrogation résulte de la modification de l'article 6 des statuts de la FNMF lors de son assemblée générale du 26 juin 1999 : l'ancienne version, qui faisait référence au pacte d'Union ("*Les groupements qui ne respectent pas les dispositions des présents statuts ou du pacte d'union ou du règlement intérieur ne peuvent utiliser le logo fédéral*") a été remplacé par le texte suivant : "*Les groupements qui ne respectent pas les dispositions des présents statuts et règlement intérieur ne peuvent utiliser le logo fédéral*". Elles observent également que lors de la même assemblée générale, la FNMF a modifié son règlement intérieur en y intégrant toutes les dispositions du Pacte d'Union, sauf les clauses anticoncurrentielles ayant fait l'objet de la notification de griefs.

70- Il convient de faire droit à cette argumentation et de conclure que le Pacte d'Union a été implicitement abrogé lors de l'assemblée générale de la FNMF de 1999. Les organismes en cause ont pu, en outre, être induits en erreur par la rédaction de la décision n° 93-D-07. En effet, si cette dernière avait déclaré irrecevable, faute d'éléments produits, une saisine qui porte sur des pratiques comparables, elle avait ajouté, sans que cela ait constitué d'ailleurs un fondement de la décision, que les dispositions du pacte d'union ne violaient pas le droit de la concurrence. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de leur infliger une sanction pécuniaire.

71- Cependant, pour clarifier les obligations qui s'imposent aux mutuelles adhérant à la FNMF, il convient de porter, à la connaissance de tous les mutualistes relevant de ces mutuelles, avant le 31 décembre 2001, le fait que la clause de non-concurrence et les clauses tarifaires contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union ont été abrogées, et d'ordonner que cette information reproduise la mention suivante : "*en conséquence, chaque mutuelle est libre de prospecter des personnes adhérant déjà à une autre mutuelle et de fixer le montant des cotisations et des taux de remboursement*".

Décide

Art. 1^{er} - Il est établi que la Fédération nationale de la mutualité française, la Mutuelle nationale des hospitaliers et des personnels de santé et la Mutualité Française-Gard ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en appliquant les clauses de non-concurrence contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union adopté le 26 mai 1984.

Art. 2 - Il est établi que la Fédération nationale de la mutualité française a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en mettant en oeuvre les clauses tarifaires contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union adopté le 26 mai 1984.

Art. 3 - Il est enjoint à la Fédération nationale de la mutualité française de porter à la connaissance de tous les mutualistes relevant d'une mutuelle adhérente, par tout moyen approprié, avant le 31 décembre 2001, le fait que les clauses de non-concurrence et les clauses tarifaires contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union ont été abrogées ; cette information reproduira par ailleurs la mention suivante : "*en conséquence, chaque mutuelle est libre de prospecter des personnes adhérant déjà à une autre mutuelle et de fixer le montant des*

cotisations et des taux de remboursement ".

Délibéré sur le rapport oral de M. Arhel, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

© *Conseil de la concurrence*