



Décision n° 03-D-37 du 29 juillet 2003
relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une convention
conclue entre la Mutuelle générale de l'éducation nationale
et le Syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale

Le Conseil de la concurrence (section IV)

Vu les lettres enregistrées les 20 juillet, 18 et 25 août 1995, sous les numéros F 789 et F 790, par lesquelles l'Association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale (ASSO) et l'Union nationale pour l'intérêt de l'orthopédie dento-faciale (UNI-ODF) ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et le Syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale (SSFODF) ;

Vu la lettre enregistrée le 18 juillet 1996 sous le numéro F 1139, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil, sur le fondement de l'article 11 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, de faits relatifs aux mêmes pratiques constatés par ses services ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision 95-MC-14 du 24 octobre 1995 ;

Vu la décision de jonction des saisines du 6 décembre 2002 ;

Vu les observations présentées par l'association syndicale des spécialistes en ODF (ASSO), le syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale (SSDOF), la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants du SSFODF et de la MGEN entendus lors de la séance du 3 juin 2003 ; l'ASSO et l'UNI-ODF régulièrement convoqués ;

Adopte la décision suivante :

I- Constatations

A. - RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. Par lettres enregistrées les 20 juillet, 18 et 25 août 1995, sous les numéros F 789 et F 790, l'Association Syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale (ASSO) et l'Union nationale pour l'intérêt de l'orthopédie dento-faciale (UNI-ODF) ont saisi le Conseil de la

concurrence, sur le fondement des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de pratiques résultant d'une convention signée le 11 juin 1993 entre la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et le Syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale (SSFODF).

2. L'Uni-ODF avait, accessoirement à sa saisine au fond, formé une demande de mesures conservatoires qui a été rejetée par la décision du Conseil de la concurrence n° 95-MC-14 du 24 octobre 1995.
3. A la demande du rapporteur, les services de la DGCCRF ont diligenté une enquête dont le rapport a été adressé au Conseil de la concurrence, le 18 juillet 1996. Dans sa lettre de transmission, le ministre délégué aux finances indiquait : "*(...) Par courrier du 31 janvier 1996, vous avez demandé à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de réaliser une enquête sur les pratiques conventionnelles mises en œuvre par la mutuelle générale de l'éducation nationale et par le syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale, dans le cadre de l'instruction de la saisine référencée F 789. Je vous transmets, ci-joint, le rapport établi par la DNEC. Ce rapport fait également suite à une demande d'investigations (...) émanant de mes services. Je vous saisis donc, conformément aux dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, des faits constatés par procès-verbaux dans ce rapport antérieurement à votre demande d'enquête.(...)*". Cette saisine a été enregistrée sous le numéro F. 1139.

B. - LE SECTEUR CONCERNÉ

4. L'orthopédie dento-faciale (ODF), ou orthodontie, consiste à prévenir ou corriger les déformations et la malocclusion des arcades dentaires, ainsi que les maldispositions dentaires. Elle constitue une spécialité dans le domaine de la chirurgie dentaire, sanctionnée par le certificat d'études cliniques spéciales mention orthodontie (CECSMO) institué par l'arrêté du 20 avril 1977. Comme tout praticien ayant obtenu sa qualification dans une spécialité, les chirurgiens-dentistes spécialistes ODF sont tenus de se consacrer exclusivement à cette activité. L'orthodontie peut, toutefois, être légalement pratiquée, concomitamment aux soins réparateurs, par tout chirurgien-dentiste. Elle peut l'être également par les médecins stomatologistes, dont la spécialité s'étend à l'ensemble des pathologies de la bouche et des dents ; ceux-ci peuvent compléter leur formation par le diplôme d'études complémentaires de médecine en orthopédie dento-maxillo-faciale (ODMF). On dénombrait, en janvier 1994, 39 675 chirurgiens-dentistes en exercice, dont 1 336 spécialistes en ODF, et 1 462 médecins stomatologues, dont 183 compétents en ODMF.
5. Les soins dentaires sont remboursés par les caisses de sécurité sociale sur la base des cotations de la nomenclature générale des actes professionnels, dont les chirurgiens-dentistes sont tenus de respecter le barème. Pour certains actes parmi lesquels les soins d'orthodontie, toutefois, cette nomenclature n'a pas été mise à jour depuis de nombreuses années, et prévoit des bases de remboursement devenues sans rapport avec le coût réel des soins. Dans ces circonstances, les praticiens sont autorisés à fixer librement leurs honoraires, qui sont dits "*non opposables*", sous la seule réserve de l'obligation de tact et mesure à laquelle ils sont tenus par leur code de déontologie. La prise en charge, après entente préalable, par les organismes de sécurité sociale s'élevait, à l'époque des faits, au maximum à 1269 F par semestre de traitement actif, pendant une durée pouvant atteindre six semestres.

6. Le Syndicat français des spécialistes en orthopédie dento-faciale (SSFODF) regroupe des chirurgiens dentistes titulaires du CECSMO ou ayant entamé avec succès ce cycle de qualification (au nombre de 838 à la fin de l'année 1995), ainsi que des stomatologues titulaires de la qualification ODMF (au nombre de 58) et, marginalement, quelques chirurgiens dentistes non spécialisés membres de longue date du syndicat. Il a pour objet la promotion et la défense de la spécialisation en orthopédie dento-faciale, et n'accepte dans ses rangs que des praticiens qualifiés, chirurgiens dentistes ou médecins stomatologistes, s'y consacrant de manière exclusive.
7. Le 11 juin 1993, la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et le SSFODF ont signé une convention visant à offrir aux adhérents de la mutuelle une prise en charge améliorée des soins d'orthodontie, jusqu'à concurrence de 2 500 F par semestre, dont 1 231 F versés par la MGEN, au lieu d'une contribution précédemment limitée à 254 F, dès lors que le traitement serait dispensé par un praticien spécialiste adhérent à la convention. Par ce recours à des praticiens spécialisés, la convention visait à obtenir un raccourcissement de la durée moyenne des traitements, un accord de l'orthodontiste-conseil de la MGEN étant requis pour les traitements d'une durée devant excéder 4 semestres. La convention du 11 juin 1993 a été dénoncée par la MGEN à compter du 31 décembre 1998.

C. - LES PRATIQUES RELEVÉES

La question de l'adhésion des stomatologues non adhérents au SSFODF

8. Aux termes de l'article 2 de la convention du 11 juin 1993 : "*Les praticiens concernés sont :*
 - *les membres titulaires du SSFODF tels que définis dans l'article VI des statuts de ce syndicat ;*
 - *les spécialistes en orthopédie dento-faciale inscrits sur la liste auprès du Conseil de l'Ordre, conformément à l'arrêté du 19 novembre 1980, modifié (...), non membres du SSFODF et qui accepteraient les dispositions de la présente convention.*"
9. L'article IV des statuts du syndicat précise que sont membres titulaires, notamment, "*Les docteurs en médecine reconnus compétents en orthopédie dento-maxillo-faciale et limitant leur pratique à cette spécialité (...)*". L'arrêté du 19 novembre 1980 modifié, visé au second alinéa de l'article 2 précité, ne concerne que les chirurgiens dentistes spécialisés en orthopédie dento-faciale.
10. Un document intitulé "*Modalités d'application de la convention conclue entre le SSFODF et la MGEN*" précise, dans un article 2, "*-1- (...) L'ensemble des membres du (...) SSFODF étant susceptible de bénéficier de la Convention, seront également concernés les stomatologues membres du Syndicat, car détenant une compétence spécifique en orthodontie et se consacrant exclusivement à l'orthopédie dento-faciale. -2- La Convention signée avec le SSFODF s'applique telle quelle à tous les spécialistes en orthopédie dento-faciale non affiliés à ce syndicat qui viendraient à signer une convention individuelle avec la MGEN*".
11. Très rapidement, les signataires de la convention se sont posé la question de l'adhésion à la convention de stomatologues titulaires de la qualification ODMF, mais non membres du SSFODF, qui n'était pas expressément envisagée par la convention, ni par le texte de ses "*Modalités d'application*". De telles adhésions ont été dans un premier temps écartées, donnant lieu à divers échanges entre la MGEN et le SSFODF, notamment dans le cadre

des réunions de la commission paritaire constituée pour accompagner la mise en place du dispositif conventionnel.

12. Ainsi, le procès-verbal de la commission paritaire du 7 janvier 1994 précise : *"La convention prévoit que les stomatologues compétents et exclusifs ODF, membres du SSFODF, adhèrent à la Convention. Aucune mention, dans la Convention et son document d'application, ne prévoit que les stomatologues qualifiés ODF et exclusifs peuvent être conventionnés individuellement par la MGEN.*

Pour pouvoir les conventionner, le SSFODF estime qu'il faut faire un avenant à la Convention en précisant la qualité de "stomatologues exclusivement ODF". Le SSFODF considère qu'il n'est pas mandaté pour discuter de cet avenant.

Il est toutefois rappelé au SSFODF que les réunions antérieures à la Convention avaient envisagé le conventionnement de stomatologues exclusifs ODF n'appartenant pas au SSFODF. M. X... signale que la MGEN ne détient pas actuellement les arguments pour exclure un stomatologue exclusif non syndiqué de la Convention. En tout état de cause, le contrôle de la Commission Paritaire peut s'exercer".

M. X... était, à la date de cette réunion, secrétaire général de la MGEN.

13. Le procès-verbal de la commission paritaire du 4 février 1994 comporte les énonciations suivantes : *"La MGEN tient à pouvoir signer des conventions individuelles avec des stomatologues qualifiés en ODF et exerçant à titre exclusif l'ODF, mais non inscrits au SSFODF. Ce conventionnement est important dans les régions où il n'existe pas de chirurgiens dentistes qualifiés ODF.*

M. M. Y... rappelle que le SSFODF n'est pas opposé à étendre les dispositions de la Convention aux stomatologues qualifiés spécialisés ODF exclusifs et non syndiqués.

Le problème reste que la MGEN n'a pas de références pour juger de la qualité de spécialistes exclusifs ODF et le SSFODF a lui-même des difficultés à les reconnaître géographiquement. Il existe, en France, 180 stomatologues exclusifs mais il faut les définir.

Pour pouvoir en dresser la liste, le SSFODF doit effectuer des recherches et solliciter le Conseil de l'Ordre. Le SSFODF s'engage à communiquer à la MGEN la liste des stomatologues compétents ODF, dès qu'il obtiendra les renseignements du Conseil national de l'Ordre.

Mais le SSFODF attire l'attention sur l'impossibilité, pour la MGEN, de conventionner, à l'heure actuelle, l'ensemble des stomatologues ODMF et exclusifs en ODF, compte tenu des termes de la Convention".

M. Y... était, à la date de cette réunion, vice-président du SSFODF.

14. Lors de la commission paritaire du 4 mars 1994, la question de l'élargissement de la convention aux stomatologues a encore donné lieu à des interventions dont la teneur est ainsi rapportée : *"le SSFODF souligne que pour l'instant, il n'est pas en mesure de fournir la liste des stomatologues ODMF et exclusifs ODF. Cette catégorie de praticiens pose un problème car ils sont reconnus compétents en ODMF mais ne font pas que cela. Le SSFODF tente de trouver un moyen pour connaître ceux d'entre eux répondant à la définition "exercice exclusif de l'ODF".*

M. X... s'étonne de la volonté du SSFODF de se référer à la notion d'exclusif ODF : la compétence reconnue ne suffit-elle pas ? Cette attitude du syndicat pose problème à la MGEN. Elle devra être réexaminée dans le cadre des négociations ultérieures."

15. Par une lettre du 21 novembre 1994 le secrétaire général de la MGEN a rappelé au vice-président du SSFODF que : *"En commission paritaire, le SSFODF s'était engagé à nous fournir une liste de médecins stomatologistes compétents en ODMF et exerçant exclusivement l'ODMF. Cette liste devait nous permettre de proposer la signature d'une convention individuelle aux intéressés, lorsqu'ils ne sont pas affiliés au SSFODF et ne bénéficient donc pas, de droit, à la convention.*

Nous avons rappelé cet engagement par courrier du 13 juillet 1994, dont ci-joint photocopie.

Nos sections départementales sont de plus en plus sollicitées par des stomatologistes désireux de signer une convention individuelle. Nous avons, jusqu'à présent, différé toute décision en attente des informations que vous deviez nous apporter.

Nous n'ignorons pas la difficulté rencontrée pour dresser cette liste. Mais nous avons, en notre possession, un certain nombre d'informations émanant des conseils de l'Ordre des médecins départementaux, auxquelles nous pouvons nous référer pour régler la situation dans certains départements.

Aussi, avons-nous l'intention de répondre favorablement à un certain nombre de demandes de stomatologistes qui, manifestement, ont la compétence ODMF requise".

La lettre comporte ensuite la liste d'un certain nombre de praticiens stomatologues et, en conclusion, le directeur général de la MGEN ajoutait : *"(...) à notre avis, un stomatologue compétent en ODMF, qui ne se consacre pas exclusivement à l'ODMF, mais pratique couramment l'ODMF me paraît pouvoir être conventionné. En effet, la MGEN recherche la qualité et ce caractère me paraît rempli (...)"*.

16. Enfin, le procès-verbal de la commission paritaire du 29 juin 1995, mentionne que : *"La MGEN souhaite l'élargissement des dispositions conventionnelles aux stomatologues compétents en ODF.*

M. X... rappelle que, pour pouvoir déterminer les stomatologues compétents, la MGEN a besoin d'une liste les recensant.

M. Y... souligne que sur 1 300 stomatologues seuls 180 ont la compétence requise en ODF, et donc la possibilité de souscrire à la Convention soit dans le cadre de leur adhésion au SSFODF, soit par le biais d'une Convention individuelle signée avec la MGEN. La liste de ces 180 stomatologues n'existant pas, l'attestation de la reconnaissance de leur compétence par le Conseil d'Ordre vaut preuve.

La possibilité de conventionnement des stomatologues figurant dans la Convention, il n'est pas nécessaire de rédiger un avenant".

17. Par ailleurs, le SSFDOF a produit, dans le cadre de ses observations en réponse au rapport, une lettre du secrétaire général de l'Ordre national des médecins, adressée le 21 mars 2003 à la représentante du syndicat et dans laquelle il est précisé : *"Nous avons bien reçu votre lettre par laquelle vous nous demandez de vous adresser la liste médecins stomatologues. Se basant sur la loi "Informatique et Libertés" la CNIL recommande que le fichier des médecins soient exclusivement utilisé par les conseils de l'Ordre pour leur adresser des informations strictement liées à leur exercice professionnel. Dans le cas où l'Ordre est amené à communiquer à des tiers certaines listes, les médecins devraient être explicitement et préalablement informés de la transmission de leurs noms et adresses au syndicat et de leur possibilité de s'y opposer. Dans ces conditions, il ne nous est pas possible de vous donner satisfaction."*

L'évolution des honoraires des praticiens

18. Afin de contenir l'évolution des honoraires et la charge résultant pour la MGEN de leur remboursement amélioré, l'article 9 de la Convention prévoyait que, pendant la durée de celle-ci, *"Les parties signataires conviennent d'une nécessaire modération de l'évolution des honoraires"*
19. L'article 9 des *"Modalités d'application"* précisait à cet égard que *"Durant la durée de la Convention, une évolution modérée des honoraires interviendra. Elle sera déterminée d'un commun accord au sein de la commission paritaire. Hormis quelques devis qui ne permettraient pas des soins conformes aux définitions du préambule et de l'Article 2 de la Convention, l'évolution est fixée à 12 % pour la durée de la Convention initiale. (Année en cours, plus 3 années civiles suivantes). (...)"*.
20. Lors de son audition par l'enquêteur, le 14 décembre 1995, le vice-président du SSFODF a justifié ces dispositions en indiquant : *"(...) Il s'est agi d'un souci manifesté par la MGEN afin de ne pas voir les honoraires des orthodontistes augmenter à due concurrence de l'effort de remboursement qu'elle consent"*. (rapport cote 467)

Le montant des honoraires

21. Les réunions de la Commission paritaire pour le suivi de l'application de la convention ont également donné lieu à divers échanges entre la MGEN et le SSFODF sur la question du montant des honoraires de certains praticiens et sur certaines augmentations constatées après l'entrée en vigueur de la convention.
22. La teneur de ces discussions est évoquée dans un document recueilli lors de l'enquête administrative comme faisant partie de la revue *Ortho-flash* n° 7 du 9 décembre 1993, périodique édité par le SSFODF à l'attention de ses membres. Il s'agit d'un texte imprimé sur une feuille volante, indépendante de la revue et intitulé *"Première réunion de la commission paritaire MGEN / SSFODF"*. L'article rend compte des discussions qui se sont tenues lors de cette réunion, et comporte, in fine, un paragraphe ainsi libellé : *"La MGEN a quant à elle soulevé les augmentations de certains honoraires. En particulier, chez les confrères qui pratiquaient des tarifs très bas, inférieurs à 2 000 F par semestre et qui les ont portés à 2 500 F. M. Y... a fait remarquer que cela était conforme à l'Article 9 des modalités d'application. En effet, le niveau de ces honoraires ne permettait probablement pas à nos confrères d'accéder aux définitions du préambule et de l'Article 2 de la convention"*.(cote 485)
23. Lors de son audition par l'enquêteur, le 14 décembre 1995, le vice-président du SSFODF a déclaré au sujet des honoraires : *"(...) Jamais le syndicat n'a donné une directive d'honoraires. Jamais le syndicat n'a prôné un plafond ou un plancher d'honoraires (...)"*. (cote 467)
24. Par ailleurs, deux orthodontistes entendus dans le cadre de l'enquête administrative ont indiqué, pour le premier, *"(...)Nous n'avons nullement eu à connaître des listes de prix élaborées par la MGEN pour accompagner l'application de la convention MGEN/SSFODF.(...) Je n'ai pas été amené à modifier mes prix depuis le début d'application de cette convention (novembre 1993) non pas à cause de cette convention mais en raison du contexte socio-économique actuel et ce, malgré l'alourdissement important des charges fixes inhérentes à l'exploitation d'un cabinet"* (procès-verbal d'audition du 26 février 1996, cote 494) et pour le second : *"(...) mes honoraires n'ont pas augmenté depuis 1993.(...) En tout état de cause je n'ai pas eu à connaître de la moindre*

information sur les prix pratiqués par les praticiens, spécialistes ou non, à l'initiative de la MGEN (...)" (procès-verbal d'audition du 26 février 1996, cote 498)

C. LES GRIEFS NOTIFIÉS

25. Sur la base des constatations qui précèdent, les griefs suivants ont été notifiés sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

- à la MGEN et au SSFODF,
 - *"d'avoir imposé des conditions potentiellement restrictives à l'accès des stomatologistes au marché des soins orthodontiques des mutualistes de la MGEN, en exigeant des stomatologues ODMF qu'ils exercent exclusivement l'orthodontie pour pouvoir bénéficier de la convention alors que ces conditions n'étaient pas justifiées par des raisons objectives de compétence, laquelle est largement attestée par l'obtention de leur spécialité et le diplôme d'études complémentaires d'ODMF ;*
 - *d'avoir prévu à l'article 9 de la convention et du document intitulé "modalités d'application de la convention" un dispositif d'encadrement de l'évolution des honoraires des praticiens adhérents à ladite convention, une telle pratique étant de nature à fausser le jeu de la concurrence".*
- au SSFODF, *"d'avoir déterminé et diffusé à l'ensemble de ses membres un montant d'honoraires minimum semestriel et de les avoir incités à appliquer cet honoraire minimum" ;*

26. Dans son rapport, le rapporteur a abandonné les griefs suivants :

- le grief de restriction à l'accès des stomatologues au marché des soins orthodontiques des mutualistes de la MGEN, en tant que ce grief a été notifié à la MGEN ;
- le grief d'avoir prévu un dispositif d'encadrement de l'évolution des honoraires des praticiens adhérents à la convention, susceptible de fausser le jeu de la concurrence, notifié à la MGEN et au SSFODF.

27. Cependant, l'article 36, alinéa 2, du décret du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce prévoit que : *"Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés"*. Il appartient, en conséquence, au Conseil d'examiner le bien-fondé des trois griefs notifiés, y compris de ceux dont l'abandon est proposé par le rapporteur mais que le commissaire du Gouvernement considère comme établis.

II. Discussion

SUR LA PRESCRIPTION

28. Il résulte des dispositions de l'article L. 462-7 du code de commerce que *"Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction"*.

29. Le SSFODF fait valoir que les faits qui lui sont reprochés sont prescrits, en application des dispositions précitées, au motif qu'aucun acte interruptif, et qui lui serait opposable, n'est intervenu entre la saisine du ministre, datée du 18 juillet 1996 et la notification de griefs, le 19 août 1999, d'une part, et entre la notification de griefs et la notification du rapport, intervenue début février 2003, d'autre part.

Sur le moyen en tant qu'il invoque la prescription des faits entre la saisine du 18 juillet 1996 et la notification de griefs du 19 août 1999 :

30. Au soutien de son moyen, le SSFODF fait valoir que l'audition par le rapporteur du secrétaire général adjoint de la MGEN, le 8 janvier 1999, et dont le procès-verbal ne fait référence qu'aux saisines F 789 et F 790, n'a pas interrompu la prescription en ce qui concerne le syndicat, d'une part, parce que celui-ci n'a été ni entendu, ni appelé, ni même informé de cette audition, d'autre part, parce que l'audition, réalisée dans le cadre des saisines de l'ASSO et de l'UNI-ODF, n'a pas porté sur des points en relation avec les griefs qui lui ont été notifiés et qui concernent des faits relevés par la saisine du ministre enregistrée sous le numéro F 1139. Il ajoute que la jonction des saisines F 789, F 790 avec la saisine F 1139 n'a été décidée que le 6 décembre 2002 et que cette jonction, postérieure à l'accomplissement de la prescription des faits dénoncés dans la saisine F 1139 n'a pu avoir pour effet de remettre en cause cette prescription.
31. Le Conseil relève, en premier lieu, que la prescription des faits dénoncés dans les saisines F 789 et F 790 a été interrompue par la décision de rejet de la demande de mesures conservatoires rendue le 24 octobre 1995, puis, par la transmission du rapport d'enquête en date du 18 juillet 1996.
32. En deuxième lieu, le SSFODF a eu connaissance du procès-verbal du 8 janvier 1999 dans le cadre de la notification de griefs, acte qui, ainsi qu'en a jugé la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt, du 14 janvier 1992, *société le Bureau Veritas*, ouvre la procédure contradictoire devant le Conseil de la concurrence. Ainsi, cette pièce a pu être régulièrement consultée et discutée par le SSFODF lequel est, dès lors, mal fondé à invoquer une violation du contradictoire de nature à en entraîner le rejet des débats.
33. En troisième lieu, les termes de la lettre de saisine du ministre délégué aux finances rappelés au paragraphe 3, visent des faits relatifs à l'application de la convention dont les dispositions étaient dénoncées par les deux premières saisines. Ces pratiques, relevées par l'enquête, étaient donc, à tout le moins, connexes à celles faisant l'objet des plaintes des deux associations saisissantes, et antérieures à ces plaintes. Or, il résulte d'une jurisprudence constante, notamment, de deux arrêts rendus par la cour d'appel de Paris en date des 12 juin 2002, *Compagnie générale de communications*, et 29 juin 1999, *S.A. France Télécom* que le Conseil de la concurrence est saisi *in rem* des pratiques qui se situent sur un même marché, qui sont antérieures à l'acte de saisine, se rattachent aux comportements dénoncés, visent au même objet ou peuvent avoir le même effet. Dès lors, l'audition du 8 janvier 1999 a interrompu la prescription à l'égard de l'ensemble des pratiques dont le Conseil était saisi par les trois plaintes, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération le fait, d'une part, que la saisine du ministre n'ait pas été visée par le procès verbal d'audition du 8 janvier 1999 et, d'autre part, que la décision de jonction des saisines soit intervenue à une date ultérieure.

Et sur le même moyen en tant qu'il invoque la prescription des faits entre la notification de griefs du 19 août 1999 et la notification du rapport au mois de février 2003 :

34. Le SSFODF oppose que si, le 26 juin 2002, le rapporteur lui a adressé, ainsi qu'à la MGEN, une demande de renseignements, ces demandes sont sans relation avec les faits incriminés et ne peuvent être considérées comme des actes interruptifs de prescription au sens de l'article L. 462-7 du code de commerce.
35. Ainsi qu'en a jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 juin 1999, *Solatrag*, des courriers par lesquels un rapporteur a, "(...) conformément aux pouvoirs qu'il tient de l'ordonnance de 1986, demandé communication de renseignements relatifs à la situation

juridique et financière des (...) entreprises impliquées dans les pratiques constatées (...) tendent (...) à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits incriminés (...)" et interrompent la prescription de trois ans prévue par l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu L. 462-7 du code de commerce.

36. La lettre adressée par le rapporteur, le 26 juin 2002, au président du SSFODF (cote 253), rappelle les différentes étapes de la procédure et comporte une demande de renseignements ainsi rédigée : "*Afin de mener cette affaire à son terme, je vous prie de me faire connaître si des modifications sont intervenues depuis lors quant aux statuts et à la personnalité du représentant légal de votre syndicat. (...)*". Le même jour, une lettre libellée en termes identiques a été également adressée à la MGEN.
37. Ces deux correspondances, qui tendaient à vérifier que la forme des personnes morales en cause n'avait pas changé et à s'assurer de l'identité des personnes physiques habilitées à répondre en leur nom, constituent des actes tendant à la poursuite et à la sanction des faits reprochés. Elles ont donc, le 26 juin 2002, à nouveau interrompu la prescription qui avait recommencé à courir à partir de l'envoi de la notification de griefs le 19 août 1999.

SUR LE FOND

Sur le grief relatif à la restriction à l'accès des stomatologues au marché des soins orthodontiques dispensés aux adhérents de la MGEN :

38. Ainsi qu'il résulte des éléments relevés aux paragraphes 8 à 10, la convention du 11 juin 1993 n'avait prévu, en ce qui concerne les stomatologues compétents en ODMF que le cas de ceux qui étaient adhérents du SSFODF, c'est à dire, ceux pratiquant l'orthodontie de manière exclusive et qui, dès lors, se trouvaient, à ce titre, agrégés de plein droit au bénéfice de la convention (article 2, 1^{er} paragraphe). Cette convention et ses "*Modalités d'application*" prévoyaient, en outre, la faculté pour la MGEN de conventionner individuellement, en leur appliquant des dispositions identiques à celles de l'accord du 11 juin 1993, les chirurgiens-dentistes spécialistes en orthodontie répondant aux prévisions des arrêtés cités dans le second paragraphe de l'article 2.
39. Ainsi, aucune disposition n'était prévue en ce qui concerne la faculté pour la MGEN de conventionner individuellement les stomatologues ODMF non syndiqués, rien n'étant non plus expressément exclu à cet égard. Il était donc indispensable d'éclairer ce point, et les cocontractants s'y sont attachés au cours de plusieurs réunions de commission paritaire, dans les termes qui ont été rappelés aux paragraphes 12 à 16.
40. Lors de la réunion du 7 janvier 1994, les représentants du SSFODF ont estimé que le conventionnement individuel de stomatologues qualifiés en ODMF et pratiquant cette activité de manière exclusive nécessitait un avenant à la convention et qu'ils n'étaient pas mandatés pour en discuter, la MGEN indiquant, pour sa part, qu'elle ne disposait pas d'arguments pour écarter de tels praticiens. Lors de la réunion du 4 février 1994, la mutuelle a réitéré son souhait de proposer un conventionnement individuel à ces mêmes praticiens, le SSFODF se ralliant à cette manière de voir et s'engageant à obtenir du Conseil de l'Ordre des médecins la liste des stomatologues compétents en ODF exerçant à titre exclusif cette activité. Lors de la troisième réunion, en date du 4 mars 1994, le SSFODF s'est déclaré incapable de fournir cette liste et a souligné les difficultés d'identifier les praticiens appartenant à la catégorie précitée, tandis que la MGEN s'étonnait de la volonté de son partenaire de se référer à la notion d'exclusivité, estimant que la reconnaissance de la compétence en orthodontie constituait une condition suffisante pour ouvrir aux stomatologues ODMF le bénéfice d'un conventionnement individuel. Ces

discussions ont donné lieu à l'envoi de deux lettres, en date des 13 juillet et 21 novembre 1994, par lesquelles la MGEN a, tout d'abord, rappelé au SSFODF son engagement, resté sans suite, de lui fournir la liste de ces praticiens, et l'a, dans la seconde, informé de son intention de conventionner certains stomatologues possédant la compétence ODMF requise. Enfin, lors de la réunion du 29 juin 1995, la mutuelle et le syndicat se sont accordés sur la possibilité de conventionner à titre individuel les stomatologues justifiant de leur compétence ODMF sans qu'il soit fait mention du caractère exclusif de leur activité.

41. Ainsi, à partir d'une convention silencieuse sur la possibilité ou non de conventionner individuellement les stomatologues ODMF non adhérents du Syndicat, les parties se sont préoccupées de combler le vide juridique ainsi créé. Leurs positions initiales (exigence d'un avenant et faculté de conventionnement restreinte aux stomatologues ODF exclusifs) se sont, au fil des réunions, assouplies puis ont été purement et simplement abandonnées, notamment, au vu des difficultés rencontrées dans certaines régions ne comptant pas, ou pas suffisamment, de chirurgiens-dentistes spécialisés en ODF, pour aboutir, dans un délai qui n'apparaît pas excessif au regard du problème juridique posé, à l'application de la faculté de conventionnement individuel, sans avenant et à tous les stomatologues ODMF, exclusifs ou non.
42. Dans ce cadre, les reproches adressés au Syndicat pour sa carence à fournir à la MGEN les listes nominatives dont celle-ci avait besoin ne peuvent davantage être retenus à sa charge, au vu, notamment, de la lettre du Conseil national de l'Ordre des médecins, évoquée au paragraphe 17 et dont il ressort que la communication d'une telle liste se heurte aux recommandations de la C.N.I.L.
43. Le Conseil relève, enfin, que le dossier ne comporte aucune plainte émanant d'un stomatologue ODMF non exclusif dont la demande de conventionnement aurait été écartée par la MGEN.
44. Il résulte de ce qui précède que les éléments recueillis sont insuffisants à établir l'existence d'une pratique d'entente anticoncurrentielle dans les termes du premier grief notifié à la MGEN et au SSFODF.

Sur le grief relatif au dispositif d'encadrement des honoraires

45. L'article 9 des "*Modalités d'application*" de la convention, cité au paragraphe 19, limitant à 12 % l'augmentation des honoraires moyens de chaque praticien pendant la période initiale d'application de la convention (année en cours, plus les trois années civiles suivantes), constitue la traduction chiffrée du principe énoncé à l'article 9 de la convention elle-même. Il résulte des déclarations reprises au paragraphe 20 que ces stipulations correspondaient, en particulier, au souci de la MGEN d'éviter que l'effort financier qu'elle consentait à travers l'amélioration de la prise en charge des soins ne se traduise par une augmentation parallèle des honoraires réclamés, ce qui aurait alors annulé ou, en tout cas, réduit l'avantage résultant pour les sociétaires de l'augmentation du montant de sa prise en charge.
46. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a déjà précisé, notamment, dans son avis n° 99-A-18 du 17 novembre 1999, rendu sur une demande de l'Union fédérale des coopératives de commerçants, la diffusion de prix conseillés en direction d'opérateurs économiques se trouvant en concurrence entre eux, assortie de pressions leur donnant le caractère de prix imposés, n'est condamnable que lorsqu'il s'agit de prix conseillés minimum, l'imposition de prix maximum n'étant pas illicite, à moins que les distributeurs ne soient incités à s'aligner sur ceux-ci.

47. En l'espèce, si la fixation d'un taux maximum d'augmentation des honoraires constitue une limitation à la libre détermination de leur pratique tarifaire par les praticiens adhérents à la convention, une telle limitation, outre qu'elle est sans influence sur les disparités pouvant exister à l'origine entre les niveaux d'honoraires réclamés par les différents praticiens, apparaît justifiée au regard de l'objectif poursuivi par la convention. Elle n'est, par ailleurs, pas de nature à restreindre la concurrence par les prix susceptible de jouer entre ces professionnels. Ainsi, et en l'absence de tout élément du dossier établissant que les praticiens adhérents à la convention auraient été incités à s'aligner sur le taux ainsi fixé, il ne peut être considéré que la pratique en cause contrevient aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Sur le grief relatif au montant des honoraires

48. S'agissant de la détermination et de la diffusion à l'ensemble des membres du SSFODF d'un montant d'honoraires semestriels minimum et de l'incitation de ces membres à fixer leurs honoraires à un niveau au moins équivalent, le grief notifié au SSFODF s'appuie sur le document partiellement reproduit au paragraphe 23, constitué d'une feuille volante et dont le rapport relève qu'il fait partie d'un ensemble désigné par l'enquêteur sous le libellé "*Ortho Flash*" dans l'inventaire des documents communiqués par M. Y..., vice-président du SSFODF, au siège de ce syndicat.

49. Le SSFODF conteste que ce feuillet volant ait fait partie intégrante du n° 7 du périodique adressé à ses membres. Il oppose, sur ce point, que le fait que le document litigieux ait été répertorié, par l'enquêteur, immédiatement après la revue *Ortho-Flash* ne prouve pas qu'il ait été expédié avec celle-ci.

50. Aucun élément du dossier ne permet d'établir que le feuillet volant en cause aurait été envoyé aux adhérents avec le n° 7 de la revue *Ortho-Flash*. Par ailleurs, il résulte des deux témoignages rapportés au paragraphe 25, d'une part, qu'aucune liste de prix n'a été diffusée par la MGEN en accompagnement de la convention, d'autre part, que les honoraires n'ont pas augmenté à la suite de la mise en application de cette convention, ce qui tend à confirmer les déclarations du vice-président du SSFODF, citées au paragraphe 24, selon lesquelles ce syndicat n'a jamais diffusé de directive en matière d'honoraires ni prôné de plafond ou de plancher.

51. Enfin et en tout état de cause, les termes du document dont il s'agit ne peuvent être considérés comme constituant une pratique de fixation d'un montant d'honoraires minimum avec incitation des membres du syndicat à s'y conformer. Le texte litigieux reproduit la remarque faite par le vice-président du syndicat, lors d'une réunion de la commission paritaire en date du 2 décembre 1993, à propos de quelques cas d'augmentation d'honoraires par des praticiens qui appliquaient antérieurement des tarifs inférieurs à 2 000 F par semestre et qui les auraient relevés à hauteur de 2 500 F. Ce responsable syndical a réagi à cette information en observant que l'augmentation signalée était conforme à l'article 9 des modalités d'application (encadrement de l'évolution des honoraires) et que le niveau des honoraires précédemment pratiqués par les praticiens en cause ne permettait "*probablement*" pas aux intéressés "*d'accéder aux définitions du préambule et de l'article 2 de la convention*", c'est à dire d'offrir des soins de qualité et conformes aux données acquises de la science. Il s'agit, par conséquent, d'une simple appréciation portée à partir de quelques cas particuliers et non pas d'une recommandation formulée en termes généraux. La remarque faite est, par ailleurs, assortie de l'adverbe "*probablement*" qui en atténue fortement le sens et la portée. Dans ces conditions, il ne

peut être valablement soutenu que le texte litigieux constituait, pour les membres du SSFODF, une incitation à appliquer un honoraire minimum.

52. Il résulte de ce qui précède que les éléments du dossier sont également insuffisants pour établir l'existence de la pratique anticoncurrentielle faisant l'objet du troisième grief.

DÉCISION

Article 1 : Il n'est pas établi que la MGEN et le SSFODF ont mis en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle en imposant des conditions potentiellement restrictives à l'accès des stomatologistes au marché des soins orthodontiques des mutualistes de la MGEN.

Article 2 : Il n'est pas établi que la MGEN et le SSFODF ont mis en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle en prévoyant à l'article 9 de la convention signée le 11 juin 1993 et du document intitulé "*Modalités d'application de la convention*" un dispositif d'encadrement de l'évolution des honoraires des praticiens adhérents à cette convention.

Article 3 : Il n'est pas établi que le SSFODF a mis en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle en déterminant et diffusant à l'ensemble de ses membres un montant d'honoraires minimum semestriel et en les incitant à appliquer cet honoraire minimum.

Délibéré, sur le rapport de M. Sellier, par Mme Pasturel, vice-présidente, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, ainsi que MM. Flichy et Ripotot, membres

La secrétaire de séance,

Christine Charron

La vice-présidente, présidant la séance

Micheline Pasturel
