



**Décision n° 12-D-19 du 26 septembre 2012
relative à des pratiques dans le secteur du blanchiment et
de l'éclaircissement des dents**

L'Autorité de la concurrence (juge unique),

Vu la lettre enregistrée le 19 décembre 2011, sous le numéro 11/0092 F, par laquelle la société Point Sourire a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents, susceptibles d'être visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Vu les lettres du 23 janvier 2012 et 26 mars 2012 par lesquelles la Fédération Française de l'Eclaircissement Dentaire et la société B comme Blanc se sont jointes à la saisine de la société Point Sourire ;

Vu le mémoire complémentaire déposé par les saisissants le 23 mars 2012 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision n° 12-JU-03 du 22 juin 2012 par laquelle le président de l'Autorité de la concurrence a désigné Mme Françoise Aubert, vice-présidente, pour adopter seule la décision qui résultera de l'examen de la saisine enregistrée sous le numéro 11/0092 F ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, les représentants des sociétés Point Sourire, B comme Blanc et de la Fédération Française de l'Eclaircissement Dentaire ainsi que le président de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, entendus lors de la séance du 26 juillet 2012 ;

Adopte la décision suivante :

1. Par lettre du 19 décembre 2012, enregistrée sous le n° 11/0092 F, la société Point Sourire a saisi l'Autorité de la concurrence, en application de l'article L. 462-5 du code de commerce, à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'Ordre national des chirurgiens-dentistes (ONCD), par la Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD) et par l'Association dentaire française (ADF) dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents en France.
2. Le 23 janvier 2012, la Fédération française de l'éclaircissement dentaire (FFED) s'est jointe à la procédure aux côtés de la société Point Sourire et informe l'Autorité qu'elle soulève les mêmes moyens de droit et de fait que la saisissante.
3. Enfin, le 26 mars 2012 la société B Comme Blanc s'est jointe également à la procédure dans les mêmes conditions.
4. Les saisissants mettent en cause une « campagne de presse » menée par les organisations professionnelles de chirurgiens-dentistes au cours du deuxième semestre 2011 visant à dénigrer commercialement les conditions d'exercice de leur activité sous couvert de la défense de la santé publique.
5. Cette campagne résulterait d'une coordination entre l'ONCD, la CNSD et l'ADF destinée à restreindre la concurrence sur le marché du blanchiment et de l'éclaircissement dentaire, jusqu'à présent réservé aux chirurgiens-dentistes, en limitant son accès aux nouveaux opérateurs.
6. Les trois organisations professionnelles se seraient entendues pour dénigrer les centres d'éclaircissement dans le but d'évincer leurs concurrents directs ou potentiels sur le marché de l'éclaircissement dentaire. Par ailleurs, à raison des mêmes faits de dénigrement, les chirurgiens-dentistes auraient abusé collectivement de leur position dominante sur ce marché.
7. Dans son mémoire complémentaire, la saisissante renonce à invoquer le dénigrement par abus de la position dominante des chirurgiens-dentistes sur le marché de l'éclaircissement dentaire.
8. Les constatations effectuées (I) ont trait :
 - au secteur de l'éclaircissement dentaire (I A) ;
 - aux parties concernées (I B) ;
 - à la présentation des faits et des pratiques alléguées (I C).
9. La discussion (II) portera sur :
 - la compétence de l'Autorité de la concurrence (II A) ;
 - l'existence d'une entente ou action concertée entre les mis en cause (II B) ;
 - la réalité d'une pratique anticoncurrentielle de dénigrement sous l'égide de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes (II C).

I. Constatations

A. LE SECTEUR DE L'ÉCLAIRCISSEMENT DENTAIRE

10. Le blanchiment dentaire a pour objet d'éclaircir la teinte des dents afin de corriger une coloration anormale ou, hors de tout contexte d'anomalie, pour des motifs relevant de l'esthétique.
11. L'éclaircissement dentaire est exercé en cabinet dentaire par un chirurgien-dentiste dans le cadre d'un acte médical référencé¹.
12. Les prestations sont aussi rendues, indépendamment de tout acte médical, soit par des commerces dédiés (centres d'éclaircissement), soit par des instituts de soins esthétiques en complément d'autres activités (corners). En France, l'exercice de l'activité sous sa forme commerciale est d'origine récente.
13. Les consommateurs peuvent aussi se procurer des kits de blanchiment en pharmacie, en parapharmacie ou sur internet et recourir à des dentifrices ayant une action blanchissante.

1. CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ

a) En centre d'éclaircissement

14. Les commerces pratiquant l'éclaircissement dentaire² répondent à une demande de réparation d'une coloration superficielle des dents, pouvant être liée au tabagisme, à une déficience de l'hygiène dentaire ou à la consommation de certains aliments.
15. La prestation consiste à appliquer un gel sur les dents contenant un produit qui active le processus de blanchiment, par décoloration de la substance colorante. Son efficacité est accrue sous l'effet d'une lampe lumineuse (LED). Le gel est appliqué par le client à l'aide d'une gouttière dentaire standard.
16. La substance active est un dérivé de l'eau oxygénée, le peroxyde d'hydrogène ou peut être un produit distinct qui libère du peroxyde d'hydrogène au contact de la salive.
17. Le gain de teintes par rapport à la situation d'origine serait compris en moyenne entre 2 et 9, avec un effet limité à quelques semaines. Le tarif pratiqué par les centres est d'environ 60 euros pour une séance de 30 minutes.

b) En cabinet dentaire³

18. En cabinet dentaire, l'éclaircissement est réalisé par un chirurgien-dentiste, après un diagnostic médical, selon des techniques qui varient selon la nature et le degré de la coloration.

¹ A la nomenclature des actes médicaux (CCAM), ces actes sont identifiés en tant que « séance d'éclaircissement d'une dent pulpée ou dépulpée ».

² 400 centres spécialisés recensés par les saisissants.

³ Source : fiche pratique de l'ADF : des matériaux et des techniques au service du sourire.

19. En cas de coloration de type alimentaire, un simple détartrage suivi d'un polissage est préconisé.
20. En cas de coloration marquée et notamment pour traiter les dyschromies dentaires spécifiques, le chirurgien-dentiste peut réaliser un éclaircissement après détartrage en recourant à des produits actifs dont la concentration est variable.
21. La technique consiste à appliquer à la denture un gel à base de peroxyde d'hydrogène à l'aide d'une gouttière réalisée à partir d'une empreinte. Le chirurgien-dentiste peut proposer au patient, en alternative à une séance en cabinet, une technique ambulatoire qui suppose l'intervention du patient dans la réalisation du traitement, la première séance d'application étant réalisée par le chirurgien-dentiste, sa poursuite étant effectuée par le patient.
22. Selon les saisissants, le tarif d'un traitement d'éclaircissement par un chirurgien-dentiste oscille entre 400 et 500 euros pour la technique ambulatoire et entre 600 et 800 euros en cabinet.
23. Le gain de teintes par rapport à la situation d'origine ne dépasserait pas deux teintes pour une concentration en peroxyde d'hydrogène limitée à 6 %, avec une durée d'efficacité supérieure à 2 ans.

2. UNE RÉGLEMENTATION DES PRODUITS ACTIFS DIFFÉRENCIÉE SELON LES OPÉRATEURS DE L'ÉCLAIRCISSEMENT

24. L'activité exercée par les centres d'éclaircissement est encadrée par la réglementation européenne en matière de produits cosmétiques, qui fixe la concentration en peroxyde d'hydrogène des produits d'éclaircissement appliqués à la sphère bucco-dentaire.
25. La directive 2011/84/UE du 20 septembre 2011 (modifiant la directive 76/768/CEE du 27 juillet 1976), relative aux produits cosmétiques contenant ou libérant du peroxyde d'hydrogène, maintient la restriction d'emploi du peroxyde d'hydrogène dans les produits bucco-dentaires destinés aux consommateurs à une concentration inférieure à 0,1 %.
26. Elle module les risques et les conditions d'utilisation du produit actif selon trois niveaux de concentration du peroxyde d'hydrogène :
 - en deçà de 0,1 % de peroxyde d'hydrogène présent ou dégagé, les produits sont en vente libre et ont vocation à être utilisés par des non-professionnels de santé ou directement par le consommateur. Ce seuil, qui s'applique aux centres d'éclaircissement, est en vigueur depuis la directive de juillet 1976 ;
 - entre 0,2 % et 6 %, l'utilisation du produit est réservée aux chirurgiens-dentistes lors de la première séance d'un traitement d'éclaircissement dentaire. Pour le reste du cycle d'utilisation, le praticien peut donner l'accès au produit à un patient adulte ;
 - au-delà d'une concentration de 6 %, la mise sur le marché des produits à base de peroxyde d'hydrogène est interdite dans les Etats de l'Union.
27. La directive doit être transposée dans les droits nationaux avant le 30 octobre 2012.

B. LES PARTIES CONCERNÉES

1. LES SAISSANTS

a) La société Point Sourire

28. Créée le 25 novembre 2010, la Sarl Point Sourire exerce l'activité d'éclaircissement dentaire dans le cadre d'un réseau de franchise qui compte une vingtaine de franchisés sur l'ensemble du territoire. Avec 5 % de parts de marché au plan national, la société se présente comme le leader de la profession.

b) La Fédération française de l'éclaircissement dentaire (FFED)

29. La FFED a été fondée le 3 janvier 2012 sous la forme d'une association loi du 1^{er} juillet 1901. Ses membres fondateurs sont, outre Point Sourire, les sociétés White Corner, Souriez Blanc, B comme Blanc et French Riviera Smile. Elle a pour objet « *la défense des intérêts professionnels de l'ensemble de ses membres* » (...), « *la représentation et la défense des droits et des intérêts matériels et moraux tant collectifs qu'individuels* » (art.2) ainsi que l'information et la représentation de ses adhérents.

c) La société B comme Blanc

30. Le réseau de franchise B comme Blanc, créé en 2011, exerce l'activité d'éclaircissement dentaire. Il comprend six franchisés.

2. LES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES MISES EN CAUSE

a) L'Ordre national des chirurgiens-dentistes (ONCD)

31. Créé par une ordonnance du 24 septembre 1945, l'ONCD est l'instance de régulation de la profession de chirurgien-dentiste. Il est investi d'une mission de service public consistant à assurer le respect des devoirs professionnels et la défense de l'honneur de la profession. Toutes les personnes habilitées à exercer la profession de chirurgien-dentiste en France, conformément aux dispositions légales, doivent obligatoirement être inscrites à l'Ordre.
32. Il ne peut agir que dans les limites de sa compétence légale définie par l'article L. 4121-2 du code de santé publique : "*l'Ordre (...) des chirurgiens-dentistes (...) [veille] au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de (...) l'art dentaire (...) et à l'observation, par tous les membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1. (Il assure) la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession (...) de chirurgien-dentiste (...).(...) (Il accomplit sa) mission par l'intermédiaire des conseils départementaux, des conseils régionaux ou interrégionaux et du conseil national de l'ordre*".

b) La Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD)

33. La Confédération nationale des syndicats dentaires compte près de 15 000 adhérents et était, jusqu'en 1996, la seule organisation représentative de la profession de chirurgien-dentiste. Elle se présente comme le syndicat national majoritaire des chirurgiens-dentistes.

Elle réunit 100 syndicats départementaux auprès desquels se font les adhésions des professionnels de santé. Elle édite la revue "Le chirurgien-dentiste de France".

34. La CNSD « a pour objet la défense des intérêts matériels et moraux des chirurgiens-dentistes et de la profession ». Elle a pour but « de promouvoir et coordonner l'action des syndicats adhérents en vue d'étudier et de résoudre les problèmes (...) posés par l'exercice de la chirurgie-dentaire, l'organisation de la profession et la défense de son indépendance (...); de représenter les chirurgiens-dentistes auprès des pouvoirs publics (...)».

c) L'Association Dentaire Française (ADF)

35. Créée en 1970, pour affirmer l'identité de la profession de chirurgien-dentiste par rapport à la médecine, l'ADF fédère « 25 associations et organismes nationaux appartenant à l'univers de l'odontologie », à l'exclusion de l'ordre lui-même. Sur les 39 000 chirurgiens-dentistes français, environ 30 000 sont adhérents indirects à l'ADF, par rattachement à l'un des organismes qui en sont membres.
36. L'Association a vocation à fédérer l'ensemble des composantes de la profession dentaire. Elle a pour but selon l'article 2 de ses statuts de « coordonner l'action des groupements adhérents(...^o) ; de représenter la profession notamment auprès des pouvoirs publics, des instances internationales (...); de défendre les intérêts généraux de la profession ; de se faire (...) le porte-parole de la profession dentaire devant l'opinion ; de tout mettre en œuvre en faveur de la promotion professionnelle (...), notamment par la formation continue ».

C. FAITS ET PRATIQUES ALLÉGUÉS PAR LA SOCIÉTÉ POINT SOURIRE

1. LES FAITS DE DÉNIGREMENT DE L'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ DE BLANCHIMENT DENTAIRE PAR LES CENTRES D'ÉCLAIRCISSEMENT INVOQUÉS PAR LA SAISSANTE

37. Selon la saisissante, la société Point Sourire et les centres d'éclaircissement ont fait l'objet de la part de la profession dentaire, au cours du dernier quadrimestre 2011, d'une campagne de dénigrement dans divers médias. Cette campagne, organisée par l'ONCD, la CNSD et l'ADF, a pour support initial la lettre de l'ordre destinée aux chirurgiens-dentistes. Elle a été ensuite relayée dans la presse écrite par la reprise de diverses interventions de représentants de ces trois organismes.
38. Par cette action coordonnée, « tant sur la teneur des propos que dans le choix du moment », les organisations mises en cause mèneraient une « politique de désinformation » visant à fermer l'accès du marché de l'éclaircissement dentaire aux opérateurs autres que les professionnels de santé et à « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ».
39. Les propos des organisations dentaires qui caractérisent un comportement de dénigrement s'articulent autour de trois thèmes repris en tout ou en partie par les différents mis en cause :
- d'abord, celui des risques attachés au peroxyde d'hydrogène et à ses divers substituts ;

- ensuite, celui de la présomption d'une utilisation du produit actif par les centres d'éclaircissement parfois non conforme à la réglementation ;
- et enfin, comme conséquence de ces constats, la recommandation de réserver l'exercice de l'activité d'éclaircissement aux seuls professionnels de santé.

a) L'argumentaire du dénigrement imputé à l'ordre

40. Selon Point Sourire, le dénigrement commercial imputé à l'Ordre a pour support sa revue mensuelle adressée aux chirurgiens-dentistes (« La lettre »), dont le numéro 100 de septembre 2011 est consacré aux bars à sourire. Sont tout particulièrement visés : l'éditorial du président du conseil de l'Ordre, la présentation formelle du dossier du mois ainsi que divers articles figurant à la rubrique « événement », sous le titre « *les bars à sourire peuvent nuire à la santé* ».
41. Le dénigrement résulterait aussi de propos tenus par l'un des deux secrétaires généraux de l'Ordre rapportés dans la presse en ligne ainsi que par ceux de présidents de conseils départementaux repris par la presse locale.
42. Sur le fond, le dénigrement imputé à l'Ordre s'articule autour de trois thèmes :
 - d'une part, celui du risque pour la santé des produits d'éclaircissement en cas de surdosage du produit actif ou de recours à un produit inapproprié à un usage cosmétique ;
 - d'autre part, celui de la tromperie des consommateurs quant aux produits utilisés par les centres d'éclaircissement qui ne seraient pas conformes à la réglementation ;
 - et enfin, celui de la justification d'un exercice exclusif de l'activité d'éclaircissement par des professionnels de santé.

Les risques sanitaires attachés à l'utilisation des produits d'éclaircissement

43. L'Ordre affirme à diverses reprises que les produits actifs utilisés dans le cadre des prestations rendues par les centres d'éclaircissement exposeraient les consommateurs à des risques pour la santé. Sont visés, soit le surdosage du peroxyde d'hydrogène, au-delà de la dose de concentration légalement admise pour les produits cosmétiques (0,1 %), soit le recours au perborate de sodium dont l'usage cosmétique est prohibé par la réglementation communautaire.
44. Ce thème de santé publique est d'abord évoqué par la lettre de l'Ordre de septembre 2011 au travers du titre slogan « *les bars à sourire peuvent nuire à la santé* », qui est ensuite repris par la presse en ligne à la fin du mois de novembre (France Soir en ligne, Rue89 et Mon Mag du 28 novembre 2011) sur la base d'une dépêche AFP du 27 novembre 2011 relatant la position du secrétaire général de l'ordre face au développement des bars à sourire.
45. Le thème de la dangerosité est décliné sous la forme d'une mise en cause précise des produits utilisés par les centres d'éclaircissement et des effets qui leur sont potentiellement attachés :
 - selon le secrétaire général de l'Ordre, « *le produit utilisé est défini par l'AFSSAPS comme cancérigène, mutagène et dangereux pour les femmes enceintes* » (cité dans Le Monde du 9/09/2011) ; « *en surdose, ces substances sont cancérigènes. Dans le cas d'une femme enceinte, elles peuvent nuire aux fœtus* » (cité par le site Terrafemina.com le 9/12/2011) ;

- deux présidents de conseils départementaux alertent sur les effets du surdosage du peroxyde d'hydrogène sur la santé dentaire et sur la contre-indication du perborate de sodium pour la fertilité féminine. Ainsi, le président du conseil de l'ordre du Var indique à monacohebdo.mc qu'à « *trop haute dose (de peroxyde d'hydrogène), cela peut entraîner une hypersensibilité des dents voir une nécrose pour certaines dents déjà fissurées. Sans compter que ces produits sont classés comme reprotoxiques et peuvent avoir des effets sur la fertilité des patientes* ». Cette contre-indication en matière de fertilité est aussi mentionnée par le président du conseil de l'Ordre des Pyrénées-Atlantiques.

La présomption de non-respect de la réglementation

46. Dans l'éditorial de la lettre de septembre 2011, le président du conseil de l'Ordre met en garde à un double titre contre les produits utilisés par les « *bars à sourire* ».
47. Les résultats instantanés obtenus, qu'ils soient constatés par les consommateurs au travers de témoignages ou annoncés à titre publicitaire (gains de deux à neuf teintes par rapport à la teinte avant traitement) traduiraient le non-respect par les bars à sourire de la norme européenne de concentration en peroxyde d'hydrogène (< 0,1%) : « *Or ce qui choque (selon le président de l'ordre), c'est que les résultats obtenus, selon les nombreux témoignages, seraient à la hauteur des attentes. Soyons clair : ces performances ne peuvent s'imaginer sans le recours à un principe actif puissant, c'est-à-dire qui dépasse les normes autorisées à des non professionnels de santé* ».
48. Il y aurait aussi tromperie sur l'efficacité des prestations rendues à la concentration autorisée, dès lors que son simple respect ne peut conduire aux résultats revendiqués ou constatés : « *tous les bars à sourire ne sont pas des guinguettes où l'on sert des placebos contenant moins de 0,1% de peroxyde d'hydrogène à des clients mal avertis* ».
49. Le thème du non-respect de la réglementation est repris par le secrétaire général de l'Ordre qui fait référence à des « *commerces (plusieurs centaines en France) parfois peu scrupuleux* » (cité par France Soir du 28/11/11 et par divers organes de presse à la même date).
50. Le risque pour la santé publique que présente le non-respect de la réglementation, justifierait la dénonciation par l'Ordre des opérateurs contrevenant à la loi : « *nous sommes là pour défendre la santé publique et dénoncer ceux qui ne respectent pas la loi* » (propos du secrétaire général cités par France Soir du 28/11/11, repris in extenso par divers organes de presse).

Une activité qui légitime l'intervention des professionnels de santé

51. L'ONCD, au travers de diverses interviews de son secrétaire général, affirme que « *la démarche* » d'éclaircissement dentaire doit être « *encadrée par un professionnel de santé, même si elle n'a qu'une visée esthétique* » (...). « *Pour la profession dentaire, c'est une intervention à caractère médical, car portant sur un milieu sensible : la bouche* ». « *Il s'agit, (selon le secrétaire général de l'Ordre), d'actes professionnels faisant partie de nos compétences* » (Le Monde cité infra). Le secrétaire général considère que « *le peroxyde d'hydrogène (est) un produit réservé dans l'UE à un usage médical* » (Le Monde). Il justifie cette exclusivité en arguant que « *la profession a la capacité de faire de l'éclaircissement dentaire et n'a nul besoin de ces officines qui créent un nouveau besoin* ».

52. D'autres praticiens (Dr X..., présidente de conseil départemental) alertent sur les risques liés à l'absence d'un examen préalable permettant de déceler d'éventuelles contre-indications (« *une carie, par exemple va laisser pénétrer le gel dans les parties molles de la dent* ») ainsi que sur la nécessité d'un détartrage préalable. La dispensation de ces actes étant réservée aux chirurgiens-dentistes par le code de la santé publique justifierait une exclusivité des traitements d'éclaircissement au profit des chirurgiens-dentistes.

b) L'argumentaire du dénigrement imputé à la CNSD

53. Les supports du dénigrement imputé à la CNSD consistent en propos rapportés du président de la CNSD (magazine Elle du 18 novembre 2011, titré « *bars à sourire : attention danger* ») et en informations non nominatives attribuées à la Confédération (France Soir du 28 novembre 2011).
54. Sur le fond, les thèmes du dénigrement reprennent l'argument de la défense de la santé publique (« *les risques sont réels pour la santé, l'utilisation du produit actif par une personne non qualifiée pouvant devenir toxique pour l'organisme et endommager la dentition* »), du non-respect de la norme européenne par les bars à sourire (« *à la CNSD, on doute du respect de la norme européenne par les boutiques du sourire* ») et de la justification d'une activité de blanchiment réservée aux seuls praticiens.

c) L'argumentaire du dénigrement imputé à l'ADF

55. En ce qui concerne l'ADF, le support du dénigrement serait constitué par un article de France Soir du 28 novembre 2011. Les saisissants se réfèrent aux propos du secrétaire général de l'ADF, rappelant les préoccupations de la profession liées à l'absence de qualification du personnel des bars à sourire : « *la profession veut simplement tirer la sonnette d'alarme pour souligner que les gens dans le bar à sourire n'ont aucune qualification* ».

2. PRATIQUES ALLÉGUÉES PAR LA SAISSANTE

56. La saisissante considère que la campagne de dénigrement coordonnée par l'ONCD, la CNSD et l'ADF caractérise une entente prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce. Elle aurait pour objet de limiter l'accès au marché de l'éclaircissement dentaire en France et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché.

a) Une campagne de dénigrement coordonnée caractérisant une entente

Les parties à l'entente

57. La saisissante considère comme parties à l'entente les trois organisations représentant la profession dentaire (Ordre, CNSD et ADF), en se fondant sur la jurisprudence ou la pratique décisionnelle propre à chaque type d'organisme, établissant le caractère collectif de leurs décisions.
58. La participation de la CNSD à l'entente serait fondée sur la pratique décisionnelle concernant la diffusion par un syndicat de consignes à destination de ses membres (cf. décision n° [10-D-11](#)) ou la mise en œuvre par un syndicat d'actions anticoncurrentielles à l'encontre de tiers.

59. La participation de l'ADF, « *association professionnelle de dentistes* », résulterait de la pratique décisionnelle qui « *a jugé que les associations professionnelles entrent dans le champ d'application de l'article L. 420-1* » (cf. décisions n°[96-D-04](#) et [00-D-78](#)).
60. Enfin, la participation à l'entente de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes serait fondée sur l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (n° 98-12612, Ordre national des pharmaciens) aux termes duquel « *un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et (...) une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente...* ».
61. Dans son mémoire complémentaire, la saisissante vise comme parties à l'entente « *la profession des chirurgiens-dentistes en France* », au travers des décisions prises par les organismes collectifs de la profession « *qui émanent du concours de volonté de leurs membres* », auxquels seraient imputés les propos des dirigeants de l'Ordre, de la CNSD ou de l'ADF rapportés par la presse ou tenus dans la revue ordinaire. Serait ainsi caractérisée une volonté commune des chirurgiens-dentistes de dénigrer les centres d'éclaircissement dentaire établissant une entente entre les professionnels de santé au travers de leurs organes de représentation.

Preuves de l'entente

62. La preuve de l'entente serait apportée par le parallélisme de comportement de l'ONCD, de la CNSD et de l'ADF que traduit la similitude des propos tenus au cours de la même période au travers des thèmes communs de la dangerosité des produits utilisés, du non-respect de la loi par les bars à sourire et d'actes encadrés par les chirurgiens-dentistes.

Objet et effet anticoncurrentiel de la pratique de dénigrement

63. Selon Point Sourire, la pratique aurait pour objet « *de limiter, voire de supprimer l'accès à d'autres prestataires dans le blanchiment des dents et de conserver ainsi le monopole de l'éclaircissement des dents en France* ».
64. Les accusations de dangerosité portées à l'encontre des bars à sourire, et notamment de Point Sourire, viseraient à détourner les consommateurs potentiels des centres d'éclaircissement et à conserver les patients dans la sphère de compétence des chirurgiens-dentistes pour les prestations d'éclaircissement.
65. Se fondant sur la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (CA Paris du 26 janvier 2010), la saisissante considère que « *l'existence de pratiques anticoncurrentielles n'implique pas de caractériser les effets des pratiques anticoncurrentielles en cause* ». Elle met néanmoins en évidence des effets d'éviction des nouveaux opérateurs du marché de l'éclaircissement dentaire. Elle affirme que les centres d'éclaircissement auraient connu au cours du deuxième semestre 2011 un fort ralentissement de leur activité, directement lié à la campagne de dénigrement et à la modification du comportement des consommateurs à leur égard, après une première période de développement. Certains centres auraient cessé toute activité, tandis que d'autres auraient été contraints à la diversification en développant des prestations ou des ventes annexes à l'éclaircissement dentaire. Ainsi, sous l'effet de la campagne de dénigrement, la société Point Sourire aurait vu son réseau de franchise constitué de 27 établissements au cours du premier semestre 2011, réduit de près de moitié en 2012.

b) Le boycott des centres d'éclaircissement dentaire

66. Dans son mémoire complémentaire, la saisissante introduit comme nouveau moyen, « *le boycott des chirurgiens-dentistes* », en se fondant sur la décision de l'Autorité n° [10-D-11](#) en matière d'incitation au boycott des opticiens membres du réseau Santéclair par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF). Le SNOF aurait « *incité ses membres à avertir les patients des risques qu'ils encouraient pour leur santé à traiter directement avec les opticiens sans passer par des ophtalmologistes* ».
67. Selon Point Sourire, par cette décision, l'Autorité aurait écarté « *le motif légitime d'information du public* » invoqué par le SNOF, qui « *n'autorisait pas un appel au boycott, pratique anticoncurrentielle elle-même illégale* ».
68. La saisissante considère que le président du Conseil de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, en concluant qu'il « *reste à tous les chirurgiens-dentistes, au quotidien de leur exercice, à engager un travail de fond en informant leur patientèle* »⁴, ne pouvait se prévaloir du « *seul motif d'informer légitimement le public sur les dangers de l'acte de blanchiment dentaire* », pour justifier sa recommandation « *d'avertir (les) patients des risques encourus pour leur santé à traiter directement avec les centres d'éclaircissement dentaire* ».
69. Cet appel au boycott serait par lui-même constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, nonobstant un motif légitime d'information du public.

II. Discussion

A. SUR LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

1. SUR LA COMPÉTENCE À L'ÉGARD DE PRATIQUES IMPUTÉES À UN ORDRE PROFESSIONNEL

70. Aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce, « *les règles définies au présent livre⁵, s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques...* ».
71. Les ordres professionnels sont investis d'une mission de service public consistant à assurer le respect des devoirs et la défense de l'honneur de la profession. L'article L. 4121-2 du code de la santé publique énonce les missions de service public de l'Ordre des chirurgiens-dentistes.
72. Dans la décision n° [09-D-17](#) concernant l'Ordre des pharmaciens, l'Autorité a précisé les limites de sa compétence en matière de décisions prises dans l'accomplissement de la mission de service public d'un ordre professionnel : « *il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur la légalité de (...) décisions dès lors qu'elles sont de nature administrative, cette dernière notion implique non seulement que la décision en cause ait été prise dans l'accomplissement de la mission de service public de l'organisme*

⁴ Editorial de la revue ordinaire n° 100.

⁵ Livre IV – de la liberté des prix et de la concurrence.

privé dont elle émane, mais, en outre qu'elle comporte l'exercice d'une prérogative de puissance publique ».

73. Au contraire, il est de jurisprudence constante (cf. décisions n° [97-D-26](#), n° [02-D-14](#), n° [03-D-52](#) et n° [05-D-43](#)) *« que lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation de la législation applicable à son activité, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce ».*
74. Pour trancher la question de compétence en matière de comportements imputables à des ordres professionnels, l'Autorité de la concurrence a indiqué (décision n° [09-D-17](#)) qu'elle distingue entre :
- *« les comportements qui, parce qu'ils invitent les professionnels ou des tiers à adopter telle ou telle attitude sur le marché, constituent une intervention dans une activité de services ;*
 - *et ceux qui ne sont pas détachables de l'exercice du pouvoir de contrôle et du pouvoir disciplinaire confié à l'ordre (...) qui constituent des prérogatives de puissance publique ».*
75. Le rappel des risques liés à l'utilisation des produits d'éclaircissement paraît se rattacher à une mission générale de défense de la santé publique, à laquelle l'Ordre peut être associé par les pouvoirs publics aux termes du code de la santé publique : *« il est (du) devoir du chirurgien-dentiste de prêter son concours aux actions entreprises par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé »* (cf. article R. 4127-202).
76. En revanche, en faisant allusion au non-respect de la réglementation communautaire par les centres d'éclaircissement et en suggérant que les actes d'éclaircissement sont réservés aux chirurgiens-dentistes en raison de l'usage du peroxyde d'hydrogène, le représentant de l'Ordre intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce, dès lors qu'il se livre à une interprétation de la législation applicable à son activité. Dans le premier cas, il met en cause des opérateurs qui sont supposés enfreindre la réglementation. Dans le second, il donne une interprétation de la législation qui reconnaît aux centres d'éclaircissement la possibilité de recourir à des produits à base de peroxyde d'hydrogène dosés dans la limite de 0,1 %.
77. L'appel du président de l'Ordre aux chirurgiens-dentistes afin qu'ils informent leur clientèle des risques inhérents à des éclaircissements dentaires excessifs ou mal réalisés est assimilable à des consignes données à des professionnels sur un marché connexe, qui sont constitutives d'interventions dans une activité de services.
78. Par ses comportements, l'Ordre intervient dans une activité de services qui relève du champ de compétence de l'Autorité en application de l'article L. 410-1 du code de commerce.
79. En définitive, l'Autorité est donc compétente pour examiner l'ensemble des comportements invoqués qui sont détachables, tant sur le fond que dans la forme, de l'exercice du pouvoir régulateur confié à l'Ordre et qui n'emportent aucune prérogative de puissance publique.

2. SUR LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE COMPORTEMENT DE DÉNIGREMENT

80. Il n'appartient pas à l'Autorité d'appréhender en tant que tels des faits de dénigrement qui relèvent éventuellement d'une action pénale en diffamation ou d'une action en concurrence déloyale. Ce principe a été rappelé par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 février 2000 relatif à un recours formé par la société SPFI à l'encontre de la décision n° [99-D-31](#) du Conseil de la concurrence dans le secteur des garnitures de freins pour poids lourds : « *il n'appartenait pas au Conseil, comme il l'a exactement relevé (...) de qualifier au regard des textes réprimant la diffamation (...) les faits reprochés, ou encore d'examiner une action en concurrence déloyale, ce à quoi tend le recours de SPFI* ».
81. L'Autorité de la concurrence est néanmoins compétente pour qualifier une pratique de dénigrement au regard des règles de concurrence, dans le cas où elle résulte d'une entente ou émane d'une entreprise en position dominante. Une pratique concertée, qui a pour but de dénigrer un concurrent pour l'évincer du marché, a ainsi été réprimée par le Conseil de la concurrence. Par décision n° [04-D-75](#), le Conseil a sanctionné « *la pratique qui consiste pour une entreprise intervenant sur un marché et une entreprise de contrôle des produits commercialisés sur ce marché, à s'entendre pour jeter la suspicion sur la qualité des produits d'une tierce entreprise afin de dégrader la position de cette dernière sur le marché* ».
82. Dès lors que l'Autorité de la concurrence peut être amenée à sanctionner une pratique concertée de dénigrement émanant d'un ordre professionnel, il convient d'apprécier si sont réunies les conditions d'une concertation visant à jeter la suspicion sur l'activité des saisissants et d'examiner la consistance du dénigrement allégué.

B. SUR L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE OU D'UNE ACTION CONCERTÉE ENTRE LES MIS EN CAUSE

1. SUR LA PRATIQUE COLLECTIVE DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES DU SECTEUR DENTAIRE

83. Pour faire valoir l'existence d'une entente entre l'ONCD, la CNSD et l'ADF, la saisissante se fonde sur la « *jurisprudence constante*⁶ (selon laquelle) *les actions des organisations professionnelles ont nécessairement un caractère collectif et entrent dans le champ (...) de l'article L. 420-1 (...) sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une concertation entre ces organisations et d'autres parties* ». Elle souligne que « *le parallélisme des comportements et des propos tenus par l'ONCD, la CNSD et l'ADF* » suffit à apporter la preuve de l'action concertée.
84. Les saisissants font une interprétation erronée de la décision n° [94-D-05](#) en considérant que n'aurait pas à être démontrée l'existence d'un accord de volonté entre les trois organisations professionnelles. Le Conseil de la concurrence a considéré⁷ « *que les actions des organisations professionnelles ont en elles-mêmes un caractère collectif et sont donc susceptibles d'entrer dans le champ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une concertation entre ces organisations et d'autres*

⁶ Notamment, la décision n° 94-D-05 du 18 janvier 1994.

⁷ En page 12, de la décision n° 94-D-05 au 4^{ème} paragraphe.

parties ». Ainsi, le caractère collectif des actions des organisations professionnelles suffit à établir une entente entre leurs membres, sans qu'il soit nécessaire de rechercher la preuve d'une concertation avec d'autres parties, mais il ne fonde aucune présomption en matière d'entente ou de concertations entre plusieurs organisations professionnelles, a fortiori lorsque leurs membres sont distincts (cf. paragraphes n° 31 à 36 ci-dessus).

85. Il ne peut donc pas être tiré de la décision n° 94-D-05, précisée par la jurisprudence de la Cour de cassation, un élargissement du champ de la présomption d'entente aux actions d'une pluralité d'organisations professionnelles, dès lors que cette présomption ne vise que les membres de l'organisation professionnelle.
86. Une entente entre l'ONCD, la CNSD et l'ADF ne pouvant être établie sur ce seul fondement, il doit donc être recouru aux modes de preuve usuels en matière d'entente.
87. En l'espèce, les saisissants ne présentent aucun élément (compte-rendu de réunions, décisions des organes de décision...) de nature à étayer de manière probante l'allégation d'une action concertée entre les trois organismes en vue de mettre en place une campagne de désinformation visant à évincer les centres d'éclaircissement. Le simple parallélisme de comportement ou de propos auxquels la saisissante se réfère ne suffit pas à établir cette concertation, dès lors qu'il peut se justifier, à partir des mêmes sollicitations, par une approche commune du phénomène des bars à sourire, par ailleurs largement partagée par l'administration (cf. infra).
88. L'instruction⁸ n'a pas davantage permis d'établir les éléments d'une concertation.

2. SUR LA PRATIQUE DES CHIRURGIENS-DENTISTES DANS LE CADRE ORDINAL

89. Il ressort d'une jurisprudence constante, tant interne que communautaire, rappelée par le Conseil de la concurrence dans une décision n°07-D-41 relative à des pratiques s'opposant à la liberté des prix des services proposés aux établissements de santé à l'occasion d'appels d'offres en matière d'examen anatomo-cyto-pathologiques, « *qu'une entente peut résulter de tout acte émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire. Ainsi, l'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'une organisation professionnelle, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents constituent une action concertée. Conformément à cette jurisprudence, le Conseil de la concurrence précise que « (...) la défense de la profession par tout syndicat créé à cette fin ne l'autorise nullement à s'engager, ni à engager ses adhérents dans des actions collectives visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets (...)* ».
90. Ces principes conduisent à examiner les faits de dénigrement invoqués par la saisissante, afin d'apprécier s'ils sont susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles au titre des ententes ou actions concertées tendant à « *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* » (art. L. 420-1-1° du code de commerce) ou à « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* » (art. L. 420-1-2° du code de commerce).

⁸ Analyse des comptes-rendus des délibérations des organes dirigeants de l'ordre sur la période litigieuse.

C. SUR L'EXISTENCE D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DE DÉNIGREMENT SOUS L'ÉGIDE DE L'ORDRE NATIONAL DES CHIRURGIENS-DENTISTES

91. Aux termes du 2^{ème} alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence « *peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

1. LES CONDITIONS MISES AU DÉNIGREMENT PAR LA JURISPRUDENCE ET PAR LA PRATIQUE DÉCISIONNELLE

92. Selon la pratique décisionnelle (décision n° [09-D-14](#) du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, confirmée par la cour d'appel de Paris du 23 mars 2010 et citée dans la décision n° [10-D-32](#)), « *le dénigrement (...) consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Il se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur* ».
93. « *Pour apprécier un comportement de dénigrement, l'Autorité s'attache à vérifier si le discours commercial (de son auteur) relève de constatations objectives et vérifiables ou s'il procède d'assertions non vérifiées* » (cf. décision n° 10-D-32 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante, n° 306). Elle vérifie aussi « *si le discours commercial (...) est de nature à affecter la structure du marché* », en s'attachant à examiner ses effets attendus ou réels sur la clientèle potentielle du concurrent visé et leur éventuel effet dissuasif sur les consommateurs (cf. décision *ibid*, n° 307 et 311).
94. La jurisprudence commerciale de la cour d'appel apporte des éléments permettant d'établir l'existence d'un dénigrement à partir des faits rapportés par les parties.
95. Ainsi, le dénigrement n'a pas un caractère fautif, s'il est présenté sous une forme humoristique et caricaturale, de manière modérée et non agressive (cf. décision du tribunal de commerce de Paris, 16^{ème} Ch. 18 novembre 1996 relative à un dénigrement à l'encontre de la société exploitant le tunnel sous la Manche ; cf. arrêt de la cour d'appel de Paris, 1^{ère} Ch. du 14 mars 1995 confirmé par Cass. ass. plén. du 12 juillet 2000, n° 99-19004, relatif au dénigrement d'une marque automobile à l'occasion d'un journal d'information imaginaire).
96. La cour d'appel de Paris (CA Paris, 4^{ème} Ch., sect. A du 24 novembre 2004) a rendu un arrêt qui prend en compte la situation particulière des messages commerciaux exprimés dans la presse. Elle a jugé que des propos médiatisés, modérés en la forme, s'analysant en une appréciation critique de la politique commerciale d'un concurrent, ne constituent pas un dénigrement, car « *le principe de la liberté de la presse commande que puissent être (diffusées) des informations sur tous les sujets dans la mesure où le traitement de ceux-ci est opéré sans intention malveillante et avec la prudence nécessaire* ».
97. La cour d'appel de Paris s'est aussi prononcée sur la situation des documents à usage interne d'une entreprise. Elle a considéré que la diffusion d'informations dans les services d'une entreprise, qui ne sont pas destinées au public, ne saurait constituer un dénigrement dès lors qu'elles se bornent à documenter objectivement les collaborateurs sur les produits concurrents (CA Paris, 5^{ème} Ch., section, 1^{er} décembre 2004). La même solution a été admise pour les documents à usage interne d'un réseau de distribution commerciale (CA Paris, 4^{ème} Ch., 3 juillet 1991). Mais le dénigrement sera en revanche constitué s'il est

démontré que le document interne a atteint des tiers et notamment des clients (CA Paris, 24 janvier 1967).

2. PORTÉE DES ÉLÉMENTS VERSÉS À L'APPUI DU DÉNIGREMENT

98. A titre liminaire, il convient d'observer que les organes de représentation de la profession dentaire mis en cause par Point Sourire ne sont pas en tant que tels en concurrence avec les opérateurs du marché de l'éclaircissement dentaire, ni même avec la FFED, qui n'a pas vocation à intervenir sur un marché. Par les prises de position de leurs représentants, ces instances ne peuvent être considérées comme cherchant à bénéficier d'un avantage concurrentiel, puisque l'accomplissement de leurs missions ne les met pas en compétition avec des opérateurs économiques sur un marché.
99. Toutefois, il n'est pas contestable que du point de vue de la demande de prestations d'éclaircissement par les particuliers, chirurgiens-dentistes et centres d'éclaircissement soient marginalement en concurrence, les chirurgiens-dentistes pouvant être amenés à dispenser en marge de leur activité médicale des prestations d'éclaircissement à des fins purement esthétiques hors de tout contexte pathologique ou de dyschromie dentaire avérée.

a) Sur l'absence de cible identifiée

100. Les propos tenus par les représentants de l'Ordre, de la CNSD et de l'ADF, rapportés par la presse ou figurant dans la revue ordinaire, consistent exclusivement en propos généraux, quelle que soit la thématique retenue (cf. paragraphes n° 42 et suivants). Leur cible n'est jamais individualisée et ils ne permettent ni d'identifier un opérateur particulier -notamment l'une ou l'autre des entreprises saisissantes- ni la prestation susceptible de lui être associée.
101. Les propos tenus ne sont pas sur ce point constitutifs d'un dénigrement dans la mesure où ils « *ne consistent pas à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié* ».

b) Sur l'objectivité du discours des chirurgiens-dentistes

102. Pour l'appréciation d'un comportement de dénigrement, l'Autorité s'attache à vérifier si le discours commercial litigieux relève de constatations objectives et vérifiables ou s'il procède de simples assertions.
103. Le discours tenu par les organisations de la profession dentaire ne fait que rappeler pour l'essentiel des prises de position des autorités administratives en charge de la santé et de la sécurité des produits ainsi que des études effectuées par divers comités scientifiques. Ces citations et travaux rapportés répondent aux caractères d'objectivité et de contrôlabilité qui traduisent l'absence de comportement dénigrant selon la jurisprudence.

Les propos relatifs aux risques de santé publique des prestations d'éclaircissement

104. Les risques de santé publique soulignés par l'Ordre dans divers médias⁹ (« *les bars à sourire peuvent nuire à la santé* » ; « *le produit utilisé est défini par l'AFSSAPS comme cancérigène, mutagène et dangereux pour les femmes enceintes* » ; « *à trop haute dose (de peroxyde d'hydrogène), cela peut entraîner une hypersensibilité des dents voir une nécrose pour certaines dents déjà fissurées. Sans compter que ces produits sont classés comme reprotoxiques* ») ou par la CNSD¹⁰ (« *les risques sont réels pour la santé, l'utilisation du produit actif par une personne non qualifiée pouvant devenir toxique pour l'organisme et endommager la dentition* ») sont confirmés par diverses études scientifiques ainsi que par les informations préventives diffusées par les services de l'administration en charge de la sécurité des produits de santé et des produits de consommation (Afssaps, direction générale de la santé - DGS, DGCCRF).
105. Une étude de 2007 d'un comité scientifique présidé par le professeur Y... sous l'égide de l'ADF¹¹ concluait qu'il faut « *se préoccuper des risques, en termes de santé publique, que font courir l'usage incontrôlé et pas toujours fondé, de produits d'éclaircissement dans le cadre de la cosmétologie* », après avoir montré que « *le corollaire de l'efficacité (des produits d'éclaircissement) est que leur usage entraîne des séquelles plus ou moins sévères tant au niveau dentaire que périodentaire (gencives). Ces effets locaux sont distincts des effets (...) toxiques qui doivent aussi nous préoccuper* ». Les scientifiques ajoutaient que « *même si des concentrations réduites revendiquent une certaine innocuité, la répétition d'actes effectués à de faibles concentrations de peroxydes, finit par rejoindre, en fin de compte, les effets d'actes utilisant de fortes concentrations pendant des temps plus courts* ».
106. Dans le cadre de l'élaboration de la directive du 20 septembre 2011 relative aux produits cosmétiques, le comité scientifique des produits de consommation placé auprès de l'Union a confirmé « *qu'une concentration maximale de 0,1 % de peroxyde d'hydrogène dans les produits bucco-dentaires ou dégagé par d'autres composés ou mélanges contenus dans ces produits ne présentait aucun risque* ». Il préconise donc « *de continuer à utiliser du peroxyde d'hydrogène dans cette concentration...dans les produits de blanchiment ou d'éclaircissement des dents* » mais suggère que l'utilisation de ces produits à des concentrations comprises entre 0,1 % et 6 % donne lieu à « *un examen clinique approprié (...) afin de garantir l'absence de facteurs de risques ou d'une pathologie orale préoccupante et que l'exposition à ces produits est limitée (...) en termes de fréquences et de durée d'application* ».
107. Les propos des organisations professionnelles mises en cause sont aussi recoupés par les diverses mises en garde publiques de l'administration.
108. La direction générale de la santé a mis en place en juin 2011 sur le site internet¹² du ministère en charge de la santé un espace public consacré au blanchiment dentaire. Il met en évidence les risques et les éventuelles contre-indications imputables aux produits à base de peroxyde d'hydrogène. La DGS y précise qu'une concentration en peroxyde élevée ou un usage répété du produit présentent des risques d'hypersensibilité des dents, d'altération de l'émail, d'irritation des muqueuses voir de recoloration plus rapide des dents. Elle

⁹ Infra paragraphes n° 43 à 45.

¹⁰ Infra paragraphes n° 53 et 54.

¹¹ Etude consacrée à l'évaluation des thérapeutiques en matière d'éclaircissement publiée (2007).

¹² www.sante.gouv.fr, rubrique « infos ministère ».

recommande que les traitements d'éclaircissement soient réservés aux cas de colorations gênantes ou pathologiques et souligne divers cas de contre-indication (enfants et adolescents ; dents présentant des caries, une hypersensibilité ou des obturations volumineuses ou non étanches).

109. Dans le contexte d'un « *recours croissant à la pratique du blanchiment des dents dans des établissements proposant cette prestation* », la DGCCRF, l'AFSSAPS et la Direction générale de la santé ont publié le 5 décembre 2011 un communiqué de presse commun qui fait « *le point sur la pratique du blanchiment des dents* ».
110. Les administrations concernées « *appellent l'attention du public sur les risques liés aux pratiques ou à l'utilisation de produits qui ne respecteraient pas les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et notamment lorsque les consommateurs souhaitent recourir à un traitement des dents chez un commerçant proposant cette prestation (...). Elles rappellent que le blanchiment des dents ne doit pas être renouvelé trop fréquemment* ». Elles soulignent que la pratique du blanchiment des dents « *est susceptible d'exposer les consommateurs à des risques pour leur santé, si le traitement est renouvelé fréquemment et si les produits utilisés contiennent ou libèrent du peroxyde d'hydrogène à une teneur supérieure à la concentration maximale autorisée de 0,1 %* ».

Les propos relatifs au non respect de la réglementation en matière de produits cosmétiques à usage bucco-dentaire

111. Les propos relatifs au non-respect présumé de la réglementation par certains bars à sourire, qui sont repris par l'Ordre¹³ (« *Or ce qui choque, c'est que les résultats obtenus, selon les nombreux témoignages, seraient à la hauteur des attentes. Soyons clair : ces performances ne peuvent s'imaginer sans le recours à un principe actif puissant, c'est-à-dire qui dépasse les normes autorisées à des non professionnels de santé* » ; « *tous les bars à sourire ne sont pas des guinguettes où l'on sert des placebos contenant moins de 0,1 % de peroxyde d'hydrogène à des clients mal avertis* ».) et par la CNSD¹⁴ (« *à la CNSD, on doute du respect de la norme européenne par les boutiques du sourire* ») sont confirmés par les prises de position concomitantes de l'administration et vérifiées au travers des contrôles effectués en 2012 par la DGCCRF selon un protocole de l'Afssaps.
112. Dans une interview à la revue « *Le chirurgien-dentiste France* » publiée le 15 septembre 2011, la directrice de l'Afssaps en charge de l'évaluation des produits cosmétiques fait part de ses préoccupations qui portent sur la fréquence du recours aux prestations des bars à sourire ainsi que sur les produits utilisés, dont la concentration en peroxyde d'hydrogène est « *forcément supérieure à 0,1 % et probablement même à 6 %* ». A ces concentrations, elle indique que « *des problèmes naîtront sûrement des altérations progressives de la dentition* ».
113. Par leur communiqué de presse du 5 décembre 2011, les administrations « *appellent l'attention du public sur les risques liés aux pratiques ou à l'utilisation de produits qui ne respecteraient pas les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment lorsque les consommateurs souhaitent recourir à un traitement des dents chez un commerçant proposant cette prestation* ».
114. Le discours de non-conformité des produits à la réglementation est corroboré par des analyses ponctuelles de produits effectuées sur initiative de l'Ordre dans le cadre de la

¹³ Infra paragraphes n° 46 et suivants.

¹⁴ Infra paragraphes n° 53 et suivants.

détection de pratiques d'exercice illégal de l'art dentaire, ainsi que par la DGCCRF dans le cadre d'une enquête nationale couvrant l'ensemble de la filière des produits cosmétiques à base de peroxyde d'hydrogène¹⁵. Le rapport d'enquête communiqué au service d'instruction met en évidence « *un taux élevé des produits destinés au blanchiment des dents contenant des quantités de peroxyde d'hydrogène supérieures à la concentration maximale autorisée* ».

115. Les propos tenus par le président de l'Ordre sont proportionnés au risque potentiel, puisqu'ils ne ciblent que les opérateurs qui ne respecteraient pas la réglementation, sans viser des entreprises individuellement identifiées ou les centres d'éclaircissement dans leur ensemble.

Les propos justifiant une exclusivité des prestations d'éclaircissement au profit des chirurgiens-dentistes

116. Le rappel par le secrétaire général de l'Ordre¹⁶ de l'éclaircissement en tant qu'acte médical (« *Pour la profession dentaire, c'est une intervention à caractère médical, car portant sur un milieu sensible* »). et de la nécessité d'un encadrement par un chirurgien-dentiste (« *la démarche* » d'éclaircissement dentaire doit être « *encadrée par un professionnel de santé, même si elle n'a qu'une visée esthétique* ») n'est pas contradictoire avec la possibilité pour un non-professionnel de santé d'accomplir sa prestation avec l'aval d'un chirurgien-dentiste.
117. Il n'est pas établi que la profession dentaire ait entendu par ses propos se réserver l'intégralité des prestations d'éclaircissement, y compris lorsque le seuil de 0,1 % de peroxyde d'hydrogène n'est pas dépassé. L'examen dentaire par un professionnel de santé est d'ailleurs recommandé par la direction générale de la santé qui considère comme « *indispensable l'examen des dents et de la muqueuse buccale par un chirurgien-dentiste avant tout traitement d'éclaircissement dentaire* ».
118. En définitive, les propos litigieux ne caractérisent pas un dénigrement dès lors qu'ils relèvent de constatations objectives, qu'ils sont vérifiables en ce qui concerne les présomptions relatives à la composition des produits et qu'enfin ils ne sont pas contradictoires avec le cadre juridique en vigueur.

c) Sur les vecteurs et la forme du discours contesté

Les vecteurs du dénigrement allégué

119. Les propos rapportés par la presse, sous forme de citations attribuées aux responsables des organismes représentant la profession dentaire, peuvent être analysés à l'aune de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (citée infra n° 96), qui précise les conditions d'application du principe de liberté de la presse aux messages commerciaux exprimés dans les médias. Si les propos sont modérés en la forme et font l'objet par l'organe de presse d'un traitement sans intention malveillante, ils peuvent être considérés comme « *une appréciation critique de la politique commerciale d'un concurrent* » et ne pas constituer un dénigrement. Dans son appréciation, la jurisprudence prend parallèlement en considération

¹⁵ 353 établissements ont été visités répartis dans 17 régions, dont près du tiers sont des bars à sourire ou des établissements mixtes comportant un bar à sourire, donnant lieu à 50 prélèvements d'échantillons aux fins d'analyse.

¹⁶ Infra paragraphes n° 51 et 52.

la liberté de la presse, qui commande que puissent être diffusées des informations sur tous les sujets à condition que le traitement opéré soit prudent et dépourvu d'intention malveillante.

120. La transposition de ce raisonnement aux propos tenus par les représentants de la profession dentaire à l'égard des centres d'éclaircissement conduit à considérer les propos rapportés dans la presse, comme de simples critiques, dès lors que leur modération, leur objectivité et leur caractère vérifiable ne sont pas contestables et que le traitement journalistique qui en a été fait n'a pas soulevé de réserve de la part des saisissants.
121. Par ailleurs, les propos tenus par le président de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes dans l'éditorial de la lettre n° 100 peuvent s'apprécier en référence à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris en matière de documents à usage interne. La cour a précisé que la diffusion d'informations dans les services d'une entreprise, qui ne sont pas destinées au public, ne saurait constituer un dénigrement lorsqu'elles se bornent à documenter objectivement les collaborateurs sur les produits concurrents. La même solution a été admise pour les documents à usage interne d'un réseau de distribution commerciale. Mais le dénigrement sera constitué s'il est démontré que le document interne a atteint des tiers et notamment des clients.
122. En l'espèce, la lettre de l'Ordre peut être considérée comme un document interne au sens de la jurisprudence en matière de réseau commercial, dès lors qu'elle n'est adressée qu'aux chirurgiens-dentistes, nonobstant un accès potentiellement plus large au travers du site internet de l'Ordre.
123. Formellement, elle ne saurait constituer le vecteur d'un éventuel dénigrement, dès lors qu'elle n'est pas destinée au public, qu'elle informe objectivement les membres de la profession et qu'il n'a pas été démontré qu'elle aurait atteint un public plus large que les seuls professionnels auxquels elle est destinée.
124. Sur le plan formel, les saisissants mettent en cause la connotation négative de la couverture du n° 100 de la revue ordinale. Le titre du dossier du mois, « *les bars à sourire peuvent nuire à la santé* », ainsi que le format de la page de couverture (« *couleur utilisé noir, blanc et rouge* ») évoqueraient le slogan de la lutte contre le tabagisme.
125. La couverture contestée présente la devanture d'un centre d'éclaircissement dénommé « bars à sourire ». La vitrine est dotée dans sa partie droite d'une bouche arborant une denture éclatante et dans sa partie gauche du panneau de signalisation routière incitant les conducteurs à la prudence (point d'exclamation dans un triangle rouge sur fond blanc). Sous la devanture est inscrit le titre du dossier, « *les bars à sourire peuvent nuire à la santé* », dans un encart noir sur fond blanc.
126. La jurisprudence en matière de document interne à la profession des chirurgiens-dentistes s'applique aussi à la mise en forme des informations (illustrations, mises en page...), dès lors qu'elle n'altère pas leur sens au détriment de l'objectivité due aux collaborateurs ou aux membres du réseau. En l'espèce, les images évoquant la prudence (panneau de signalisation) et les risques susceptibles d'être associés aux prestations rendues par les bars à sourire (encart du titre) ne modifient pas le sens général des propos mais en assurent une synthèse. Elles forment avec les informations littérales un tout auquel peut s'appliquer la jurisprudence en matière de document interne. Le traitement du thème des bars à sourire par la revue ordinale n'a donc pas de portée dénigrante quelle que soit la forme du propos.

d) Sur les effets économiques réels ou attendus du « dénigrement »

127. Dans un mémoire complémentaire, les saisissants illustrent pour la société Point Sourire les « effets des propos de dénigrement sur les nouveaux opérateurs ». La société aurait enregistré « un net ralentissement de la création de nouvelles franchises », la fermeture de la moitié de son réseau en un trimestre (de novembre à février 2012), ainsi qu'une « chute significative de la création clients à compter du mois de septembre 2011, pour atteindre un niveau de 0 à partir de janvier 2012 ». Cette évolution du leader de la profession caractériserait l'ensemble des centres d'éclaircissement.
128. Ce constat doit être nuancé, puisqu'en 2011 le chiffre d'affaires du réseau Point Sourire est en phase ascendante jusqu'en juillet, puis évolue de manière erratique, alternant successivement des phases de baisse et de hausse, pour retrouver en décembre son niveau de juillet. Les clients évoqués par la saisissante en terme de « création mensuelle » recouvrent en réalité les membres du réseau Point Sourire, qu'ils soient indépendants ou franchisés et non la clientèle elle-même. Le nombre d'établissements reste très stable de septembre 2011 à mars 2012 avec un maximum relatif en octobre (40). Le nombre de créations mensuelles décline en fait tendanciellement depuis mai 2011.
129. L'évolution de l'activité de Point Sourire, outre qu'elle n'est pas représentative de la profession, est en réalité peu impactée par la campagne d'information, mais se révèle sensible notamment à la saisonnalité de la demande.
130. Il ne peut donc être tiré des données fournies un effet direct du dénigrement allégué, pas plus qu'il n'est possible d'identifier dans la baisse tendancielle de l'activité de la saisissante, ce qui relève de la conjoncture, d'une concurrence vive ou de l'action autonome de la profession dentaire.

3. SUR LA REALITÉ D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DE BOYCOTT

131. Les saisissants, se fondant sur la décision n° [10-D-11](#) par laquelle l'Autorité a sanctionné le Syndicat national des ophtalmologistes de France pour avoir incité au boycott des opticiens membres du réseau Santéclair, considèrent comme un appel au boycott le fait que « le président du conseil de l'Ordre des chirurgiens-dentistes a incité ses membres à avertir leurs patients des risques encourus pour leur santé à traiter directement avec les centres d'éclaircissement ».
132. Or, dans la lettre ordinaire de septembre 2011, le président de l'Ordre se limite à inciter les chirurgiens-dentistes à informer leurs patients des risques d'éclaircissements dentaires excessifs ou mal réalisés.
133. Dans sa décision n° [03-D-06](#) du 29 janvier 2003, le Conseil de la concurrence a repris la définition du boycott retenue par la Cour de cassation : « une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché » (cf. Cass. Com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel du 27 juin 2000).
134. La pratique décisionnelle a précisé que le boycott « consiste à s'entendre sans motifs légitimes pour refuser soit de fournir un client déterminé, soit de s'approvisionner auprès d'un fournisseur déterminé » (cf. rapport Commission de la concurrence 1980, p. 225).
135. Dans la décision n° [09-D-17](#) relative à des pratiques mises en oeuvre par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, « le Conseil de la concurrence,

devenu l'Autorité de la concurrence, a, sur requête d'un pharmacien, été appelé à se prononcer sur une pratique du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements. Il a été établi que, par une lettre adressée à une maison de retraite, le conseil régional de l'Ordre était intervenu en incitant cet établissement à s'adresser aux pharmacies les plus proches de son implantation. Une telle intervention s'analyse, du fait qu'elle émane d'un organisme professionnel, comme une action concertée ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, notamment en limitant l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence ainsi qu'en répartissant les marchés et les sources d'approvisionnement. Elle est prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (...).

136. En l'espèce, la déclaration du président de l'Ordre n'a pas le caractère d'un boycott, en l'absence d'établissement d'une volonté d'éviction d'un opérateur identifié du marché. En tout état de cause, l'incitation adressée aux chirurgiens-dentistes ne s'inscrit pas dans le cadre de relations commerciales entre les professionnels de santé et un client ou un fournisseur déterminé qu'il conviendrait de ne plus fournir ou auprès duquel il ne faudrait plus s'approvisionner (a contrario de la décision n° [09-D-17](#) et de la décision n° [05-D-43](#) relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes). Elle ne désigne pas non plus un fournisseur et un client précis comme dans la décision n° 09-D-17.

D. CONCLUSION

137. Il résulte de l'ensemble des éléments qui précède qu'il convient de faire application des dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce en vertu duquel l'Autorité de la concurrence « *peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ». En l'espèce les faits dénoncés ne sont pas révélateurs de pratiques d'entente ou de boycott prohibées par l'article L. 420-1 dudit code.

DÉCISION

Article unique : La saisine de la société Point Sourire, à laquelle se sont jointes la société B comme Blanc et la Fédération française de l'éclaircissement dentaire, est rejetée en application des dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de M. Gilles Vaury, rapporteur, et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Aubert vice-présidente, présidant la séance en application des dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce.

La secrétaire de séance,
Béatrice Déry-Rosot

La vice-présidente,
Françoise Aubert

© Autorité de la concurrence