

7 juin 2011

Cour de cassation

Pourvoi n° 10-12.038

Chambre commerciale financière et économique

ECLI:FR:CCASS:2011:CO00576

## Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 janvier 2010), que la société Santéclair effectue des analyses de devis, afin de renseigner les assurés sur l'adéquation de la proposition de leur praticien libéral à leurs besoins et celle du prix ; que le développement d'un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires qui s'engagent à ne pas dépasser un tarif maximum pour un certain nombre de prestations fait partie des buts de Santéclair ; que le 7 novembre 2002, le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes (le CNOCD) a décidé le retrait de l'avis favorable émis le 20 septembre 2001 au protocole Santéclair en faisant valoir que "les modalités d'application de cet accord de partenariat ne sont pas conformes à la déontologie" ; que cette décision a été notifiée à la société Santéclair le 14 novembre 2002 ; que le même jour, le CNOCD a fait connaître par une circulaire aux conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes et aux conseils régionaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes que les modalités d'application de l'accord de partenariat proposé par Santéclair n'étaient pas conformes aux recommandations déontologiques que s'était engagée à respecter cette société d'assurance par courrier du 21 novembre 2001 ; que dans sa décision n° 09-D-07 du 12 février 2009, le Conseil de la concurrence a dit que le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et plusieurs conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Attendu que le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse reprochent à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence du 12 février 2009, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il résulte des articles L. 4121-2, L. 4122-1 et L. 4127-1 du code de la santé publique que l'ordre des chirurgiens-dentistes a notamment pour mission de veiller au respect par ses membres des devoirs professionnels leur incombant ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévue à l'article L. 4127-1 ; qu'il résulte des articles L. 4113-9 à L. 4113-12 du code de la santé publique que les chirurgiens-dentistes doivent communiquer les contrats relatifs à l'exercice de leur profession et que le conseil de l'ordre a l'obligation de faire connaître ses observations sur les projets qui lui sont soumis ; que cette mission générale de surveillance et d'information ne peut être réduite à l'exercice d'un

pouvoir de sanction et à l'utilisation de moyens contraignants, si bien qu'en retenant que les attributions conférées à l'ordre par le code de la santé publique étaient limitées au contrôle de l'accès à la profession de chirurgiens-dentistes, au pouvoir disciplinaire et à l'édiction des règles de la pratique pour la protection des malades, la cour d'appel a violé les textes précités ;

2°/ qu'il résulte des articles L. 4121-2, L. 4122-1, L. 4127-1 du code de la santé publique que l'ordre des chirurgiens-dentistes a notamment pour mission de veiller au respect par ses membres des devoirs professionnels édictés par les articles L. 4113-1 et suivants du code de la santé publique, ainsi que des règles déontologiques édictées par les articles R. 4127-201 et suivants du code de la santé publique, si bien qu'en retenant qu'en informant les chirurgiens-dentistes de sa décision de retrait de l'avis déontologique favorable précédemment émis concernant l'accord de partenariat proposé par Santéclair fondée sur la constatation de ce que les modalités d'application dudit accord n'étaient pas conformes aux réglementations déontologiques et en attirant leur attention sur le risque d'éventuelles poursuites disciplinaires qu'entraînerait le non-respect des règles déontologiques, le Conseil national de l'ordre et certains conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes étaient sortis de leur mission de service public, la cour d'appel a violé les textes précités ;

3°/ qu'il résulte de l'article L. 4121-2 du code de la santé publique que l'ordre des chirurgiens-dentistes a pour mission de veiller à l'observation par tous ses membres des devoirs professionnels ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1, si bien qu'en retenant qu'en prenant parti sur la conformité aux règles de déontologie de certaines pratiques, le Conseil national et les conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes sont sortis de leur mission de service public et "sont intervenus dans une activité de service et ont pris position sur une question marchande", la cour d'appel a violé les textes précités ;

Mais attendu que l'arrêt relève que le Conseil national de l'ordre et certains conseils départementaux, en adressant une lettre-type et une circulaire à l'ensemble des chirurgiens-dentistes de leur ressort, afin de les inciter à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion aux conventions litigieuses, et en laissant clairement entendre que sa décision de retrait de l'avis du 20 septembre 2001 impliquait de telles conséquences, ont diffusé une interprétation de la portée d'avis déontologiques sur les protocoles proposés aux chirurgiens-dentistes, qu'ils n'ont usé d'aucune prérogative de puissance publique lorsqu'ils ont adressé d'abord à une société tierce une lettre dans laquelle ils se livraient à une interprétation de la législation applicable à l'activité mutualiste et lorsqu'ils ont fait connaître, ensuite, par circulaire, aux praticiens inscrits à l'ordre le contenu de cette lettre, que les menaces dirigées contre ces praticiens dans la circulaire qui leur a été adressée n'ont pas davantage constitué la mise en oeuvre d'un dispositif contraignant, de nature disciplinaire et articulé au nom de l'intérêt général et de l'action publique, qu'au contraire, les ordres du Conseil national et des conseils départementaux sont intervenus dans une activité de service et ont pris position sur une question marchande et qu'ils sont corrélativement entrés dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a fait l'exacte application du texte invoqué, abstraction faite du moyen surabondant critiqué par la première branche du moyen ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les autres griefs ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société Santéclair la somme globale de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du sept juin deux mille onze.

#### MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du Bas-Rhin, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes des Pyrénées-Orientales, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de Saône et Loire, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes Var et du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du Vaucluse contre la décision de l'Autorité de la Concurrence du 12 février 2009.

AUX MOTIFS QUE selon l'article L 410-1 du code de commerce, les règles définies au livre quatrième de ce code, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public ; que, dans la mesure où elles exercent de telles activités et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en oeuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par l'Autorité de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire ;

QUE l'organisation du service public, singulièrement l'organisation des Conseils de l'ordre requérants n'étant pas en cause ici, il importe de déterminer dans quelle mesure ces Ordres ont usé en l'occurrence de prérogatives de puissance publique ; que le CNOCD a fait connaître par une circulaire du 14 novembre 2002 aux CDOCD et CROCD que les modalités d'application de l'accord de partenariat proposé par SANTECLAIR n'étaient pas conformes aux recommandations déontologiques que s'était engagée à respecter cette compagnie d'assurance par courrier du 21 Novembre 2001 et qu'il importe d'informer chaque chirurgien-dentiste de chaque département de cette décision, en attirant l'attention sur les éventuelles conséquences qu'entraîneraient le non-respect des règles déontologiques et notamment le risque d'éventuelles poursuites disciplinaires ; que le Conseil national de l'Ordre et certains Conseils départementaux, en adressant une lettre-type et une circulaire à l'ensemble des chirurgiens-dentistes de leur ressort, afin de les inciter à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion aux conventions litigieuses, et en laissant clairement entendre que sa décision de retrait de l'avis du 20 septembre 2001 impliquait les conséquences susdites, ont diffusé une interprétation de la portée d'avis déontologiques sur les protocoles proposés aux chirurgiens-dentistes ;

QUE ce faisant, les instances ordinales, à l'exception admise par le Conseil de l'Ordre de Haute Savoie, n'ont pas exercé rigoureusement une des attributions que leur confère le code de la santé publique - le contrôle de l'accès à la profession de chirurgien-dentiste, le pouvoir disciplinaire, l'édiction des règles de la pratique pour la protection des malades -, et n'ont d'ailleurs usé d'aucun des moyens contraignants que ces attributions requièrent ;

QUE le Conseil national et les Conseils départementaux n'usent d'aucune prérogative de puissance publique, lorsqu'ils adressent d'abord à une société tierce une lettre dans laquelle ils se livrent à une interprétation de la législation applicable à l'activité mutualiste, et lorsqu'ils font connaître ensuite par circulaire aux praticiens inscrits à l'Ordre le contenu de cette lettre ; que les menaces dirigées contre ces praticiens dans la circulaire qui leur a été adressée n'ont pas davantage constitué la mise en oeuvre d'un dispositif contraignant, de nature disciplinaire et articulé au nom de l'intérêt général et de l'action publique ; qu'a contrario, les Ordres sont intervenus dans une activité de service et ont pris position sur une question marchande ;

ALORS, D'UNE PART, QU'il résulte des articles L.4121-2, L.4122-1 et L.4127-1 du Code de la santé publique que l'Ordre des chirurgiens-dentistes a notamment pour mission de veiller au respect par ses membres des devoirs professionnels leur incombant ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie prévue à l'article L.4127-1 ; qu'il résulte des articles L.4113-9 à L.4113-12 du Code de la santé publique que les chirurgiens-dentistes doivent communiquer les contrats relatifs à l'exercice de leur profession et que le Conseil de l'Ordre a l'obligation de faire connaître ses observations sur les projets qui lui sont soumis ; que cette mission générale de surveillance et d'information ne peut être réduite à l'exercice d'un pouvoir de sanction et à l'utilisation de moyens contraignants, si bien qu'en retenant que les attributions conférées à l'Ordre par le Code de la santé publique étaient limitées au contrôle de l'accès à la profession de chirurgiens-dentistes, au pouvoir disciplinaire et à l'édition des règles de la pratique pour la protection des malades, la Cour d'appel a violé les textes précités ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'il résulte des articles L.4121-2, L.4122-1, L.4127-1 du Code de la santé publique que l'Ordre des chirurgiens-dentistes a notamment pour mission de veiller au respect par ses membres des devoirs professionnels édictés par les articles L.4113-1 et suivants du Code de la santé publique, ainsi que des règles déontologiques édictées par les articles R.4127-201 et suivants du Code de la santé publique, si bien qu'en retenant qu'en informant les chirurgiens-dentistes de sa décision de retrait de l'avis déontologique favorable précédemment émis concernant l'accord de partenariat proposé par SANTECLAIR fondée sur la constatation de ce que les modalités d'application dudit accord n'étaient pas conformes aux réglementations déontologiques et en attirant leur attention sur le risque d'éventuelles poursuites disciplinaires qu'entraînerait le non-respect des règles déontologiques, le Conseil national de l'Ordre et certains Conseils départementaux de l'Ordre des chirurgiens-dentistes étaient sortis de leur mission de service public, la Cour d'appel a violé les textes précités ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'il résulte de l'article L.4121-2 du Code de la santé publique que l'Ordre des chirurgiens-dentistes a pour mission de veiller à l'observation par tous ses membres des devoirs professionnels ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie prévu à l'article L.4127-1, si bien qu'en retenant qu'en prenant parti sur la conformité aux règles de déontologie de certains pratiques, le Conseil national et les Conseils départementaux de l'Ordre des chirurgiens-dentistes sont sortis de leur mission de service public et « sont intervenus dans une activité de service et ont pris position sur une question marchande », la Cour d'appel a violé les textes précités ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QU'en retenant que le Conseil national et les Conseils départementaux n'usent d'aucune prérogative de puissance publique, lorsqu'ils adressent d'abord à une Société tierce une lettre dans laquelle ils se livrent à une interprétation de la législation applicable à l'activité mutualiste et lorsqu'ils font connaître ensuite par circulaire aux praticiens inscrits à l'Ordre le contenu de cette lettre, sans préciser de quelle lettre il s'agissait et à quelle Société tierce elle était adressée, une telle lettre n'étant pas visée dans les pratiques sanctionnées par le Conseil de la concurrence, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'application de l'article L.410-1 du Code de commerce privant ainsi sa décision de base légale au regard du texte précité.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du Bas-Rhin, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes des Pyrénées-Orientales, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de Saône et Loire, du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes Var et du Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du Vaucluse contre la décision de l'Autorité de la Concurrence du 12 février 2009.

AUX MOTIFS QUE, sur la violation du principe d'impartialité, il incombe au rapporteur durant l'enquête d'appeler l'attention des personnes auditionnées sur l'objet de l'instruction, les principaux éléments de la saisine, ainsi que les sanctions prévues par l'article L. 450-8 du code de commerce ; que le respect de cette obligation ne saurait être constitutif d'une violation du principe d'impartialité et vise au contraire à ce que puissent être préservés les droits de la défense ; que la circonstance que le rapporteur ait indiqué aux requérants, au cours de l'instruction, que compte tenu de la matérialité des faits et des actes d'instruction auxquels il avait déjà été procédé, il envisageait de formuler des griefs, ne saurait non plus caractériser une quelconque partialité ; que les allégations des requérants visant à remettre en cause l'impartialité objective du rapporteur ne peuvent être accueillies ; que la participation à un colloque, seraitelle accompagnée d'un rappel des problématiques d'actualité et d'une introduction flatteuse pour les différents intervenants, n'est pas une prise de position qui engage l'Autorité, surtout si elle n'émane pas de ses organes légalement représentatifs, et n'est donc pas incompatible avec l'exercice ultérieur des fonctions de rapporteur ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le Conseil national et les Conseils départementaux de l'Ordre des chirurgiens-dentistes faisaient valoir, à l'appui de leur recours, qu'aucun acte préalable d'instruction n'avait été effectué avant que les représentants des Conseils ne se voient notifier verbalement, à l'occasion de leur première audition, outre des menaces de sanctions pénales, qu'ils étaient « hors la loi » et que la saisine de la Société SANTECLAIR entraînerait « immanquablement » une notification de griefs à leur encontre, si bien qu'en se bornant à reprendre les motifs de la décision frappée de recours selon lesquels le rapporteur avait « indiqué aux requérants, au cours de l'instruction, que compte tenu de la matérialité des faits et des actes d'instruction auxquels il avait été procédé, il envisageait de formuler des griefs », la Cour d'appel n'a pas répondu au moyen dont elle était saisie, violant ainsi l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE le Conseil national et les Conseils départementaux de l'Ordre des chirurgiens-dentistes mettaient en cause l'impartialité objective du rapporteur non pas sur le fondement d'une prise de position antérieure, mais en invoquant l'existence de liens entre le rapporteur et le dirigeant de la Société AGF, laquelle contrôle la Société SANTECLAIR, partie saisissante, révélés publiquement à l'occasion d'un colloque qui s'est tenu la veille du dépôt de la saisine de la Société SANTECLAIR et cinq jours avant l'arrêté de nomination de Monsieur Romain X..., ès qualités de rapporteur permanent du Conseil de la concurrence, si bien qu'en ne s'expliquant sur ce moyen, la Cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE, pour les mêmes raisons, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme et des libertés fondamentales ;

ET ALORS QUE que l'exigence d'impartialité s'impose au rapporteur chargé d'instruire l'affaire, d'établir la notification de griefs et le rapport, si bien qu'en refusant d'examiner le grief de défaut d'impartialité du rapporteur au motif qu'il n'engage pas l'Autorité dont il n'est pas un organe légalement représentatif, la Cour d'appel a violé l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme et des libertés fondamentales.

## Décision **attaquée**

---



Cour d'appel de paris  
19 janvier 2010