



**Avis n 09-A-46 du 9 septembre 2009
relatif aux effets sur la concurrence du développement
de réseaux de soins agréés**

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 13 juin 2008 sous le numéro 08/0065 A par laquelle la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a sollicité, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, l'avis du Conseil de la concurrence en ce qui concerne les effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés par les organismes complémentaires d'assurance maladie ou par les prestataires intervenant à leur profit et du développement par ces intervenants du conseil aux assurés sociaux dans le secteur de la santé ;

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

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 7 juillet 2009 ;

Les représentants de la Fédération nationale des opticiens de France, du Syndicat des centrales d'achat au service des opticiens indépendants, de Santéclair et de Groupama entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

La Mutuelle générale de l'éducation nationale ayant été régulièrement convoquée ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence pour avis sur les risques et bénéfices éventuels, en termes de développement de la concurrence, des initiatives mises en œuvre depuis quelques années par certains organismes de protection complémentaire ou sociétés agissant pour leur compte dans le domaine du conseil aux assurés sociaux et de la gestion du risque santé.
2. Selon la saisine, ces initiatives, qui consistent essentiellement pour les organismes concernés à développer des partenariats, assortis de contreparties comme la pratique du tiers-payant ou l'application de prix modérés avec des professionnels ou des établissements de santé opérant dans des secteurs où les prix sont libres (optique, dentaire, audioprothèse et médicaments à prescription facultative), pourraient avoir un effet ambivalent sur la concurrence compte tenu d'une part des conditions dans lesquelles elles sont mises en œuvre, d'autre part de leur ampleur croissante.
3. La ministre sollicite plus spécifiquement le Conseil, devenu Autorité de la concurrence, sur les trois points suivants :
 - 1) *« (...) le cadre dans lequel les pratiques de référencement des professionnels pourraient, le cas échéant, être analysées du point de vue de la mise en œuvre des règles de concurrence [...] notamment la possibilité d'analyser les conventions entre assureurs et professionnels de santé sous l'angle de la jurisprudence applicable aux restrictions verticales, à l'instar des accords de distribution exclusive ou sélective ;*
 - 2) *(...) les principaux déterminants de la dynamique de concurrence à l'intérieur des réseaux de soins mais aussi entre les réseaux mis en place par les organismes d'assurance complémentaire ;*
 - 3) *(...) les conditions respectives dans lesquelles la généralisation des comportements précités pourrait entraîner une restriction de la concurrence entre les professionnels de santé ou a contrario des effets éventuellement pro-concurrentiels. A ce titre pourraient être étudiés :*
 - *les accords tarifaires prévus par ces conventions (engagements de pratiquer des prix modérés). De tels accords, destinés à faire baisser dans un premier temps le prix des prestations, pourraient-ils conduire à un alignement des prix entre professionnels appartenant à un même réseau ?*
 - *les conditions dans lesquelles la publication d'un prix moyen, par exemple dans le cadre d'un guide pour l'automédication, pourrait entraîner un alignement entre professionnels sur le prix moyen observé ;*
 - *la fixation d'un nombre maximum de professionnels référencés dans une zone géographique donnée (numerus clausus) ;*
 - *le caractère objectif des données tarifaires et qualitatives fournies pour l'analyse des devis et la renégociation des prestations auprès des professionnels ;*
 - *l'existence éventuelle de clauses restreignant l'appartenance d'un même professionnel à plusieurs réseaux » ;*
4. À titre liminaire, l'Autorité rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis, de qualifier des pratiques au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du

code de commerce, une telle qualification relevant exclusivement de ses activités contentieuses menées selon une procédure pleinement contradictoire.

I. Contexte

A. LE SECTEUR DE LA SANTE

1. LES DEPENSES DE SANTE¹

5. En 2007 en France, la consommation de soins et de biens médicaux (CSBM) s'est élevée à 163,8 milliards d'euros (8,7 % du PIB, 2 577 euros par habitant), soit une progression de 4,7 % en valeur par rapport à l'année précédente.
6. La répartition du financement des dépenses de santé, quoique relativement stable², connaît néanmoins depuis 2005 une très légère tendance à la baisse de la part de la sécurité sociale (76,6 % en 2007, contre 77 % en 2005) et, corrélativement, à l'accroissement de celle des organismes complémentaires d'assurance maladie – ci-après les « OCAM » – (13,6 % en 2007 contre 13,2 % en 2005) et du « reste à charge » des ménages (8,5 % en 2007, et 8,3 % en 2004). Cette évolution résulte, notamment, de la mise en œuvre des différentes mesures visant à limiter le déficit de la branche maladie (participations forfaitaires, franchises, parcours de soins, déremboursement de certains médicaments, etc...).
7. Parallèlement, une orientation vers une spécialisation des différents intervenants apparaît depuis quelques années. L'assurance maladie obligatoire concentre de plus en plus ses prestations sur les risques dits « lourds » (dépenses liées aux affections de longue durée, soins hospitaliers). La prise en charge des « petits risques » (médicaments à faible service médical rendu, soins dentaires, optique) incombe, de manière croissante, aux OCAM et aux ménages.
8. Ainsi, s'agissant des postes dentaires et des biens médicaux autres que le médicament (notamment optique et prothèse), les OCAM participent à 30 % ou plus du financement de la dépense (contre seulement 4 % environ pour les soins hospitaliers et environ 20 % pour les médicaments et analyses)³.
9. Face à ces évolutions, le secteur de l'assurance maladie complémentaire, « *élément-clé de l'accès aux soins, notamment pour les soins les moins bien remboursés par l'assurance maladie obligatoire* »⁴ connaît également de profondes mutations.

¹ Sauf précision contraire, l'ensemble des données chiffrées mentionnées dans cette section est tiré du document de travail « Comptes Nationaux de la Santé 2007 » élaboré par la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES).

² Le rapport d'information n° 385 de M. Vasselle, sénateur, sur la répartition du financement de l'assurance maladie depuis 1996 et sur les transferts de charges entre l'assurance maladie obligatoire, les assurances complémentaires et les ménages, note ainsi que « *la part de l'assurance maladie obligatoire [...] est d'une très grande stabilité au cours de la période [1996-2006] : elle s'établit à environ 77 %* ».

³ Étude Precepta/Xerfi de juin 2008 « Les stratégies dans l'assurance santé. Constitution de pôles fédérateurs et politiques de différenciation ».

⁴ Rapport précité de M. Vasselle.

2. LES OCAM

a) Généralités

10. En dépit des insuffisances statistiques, récemment soulignées en ces termes par la Cour des comptes, « *la Cour a constaté que les informations disponibles [...] étaient limitées tant du point de vue quantitatif que qualitatif, du fait en particulier des données relatives aux assurances complémentaires* »⁵, il ressort des données disponibles qu'entre 92 % et 93 % de la population française est actuellement affiliée à un OCAM⁶.
11. Les OCAM sont traditionnellement classés en trois catégories : les mutuelles régies par le code de la mutualité, les sociétés d'assurance régies par le code des assurances et les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural, soit 934 opérateurs en 2007⁷.
12. Ce secteur connaît depuis quelques années un mouvement de concentration, particulièrement perceptible pour les mutuelles (dont le nombre a été réduit de moitié entre 2001 et 2007), mais également sensible pour les institutions de prévoyance et les sociétés d'assurance (respectivement -33 % et -20 % durant la même période).
13. Le chiffre d'affaires global de ces organismes – appréhendé à partir des cotisations perçues – s'est, quant à lui, élevé en 2007 à 27,4 milliards d'euros, soit une progression de plus de 5 % par rapport à 2006 (et de 55,8 % par rapport à 2001, soit un taux de croissance annuel moyen sur la période 2001-2007 de 7,6 %) ⁸.
14. Les mutuelles demeurent largement prédominantes, tant au regard de leur nombre (805) que de leur part de marché (58,2 %), mais leur poids a tendance à décroître depuis 2001, de même que celui des institutions de prévoyance, et ce au profit des sociétés d'assurance, dont la part de marché augmente régulièrement.
15. Le graphique ci-dessous reflète les parts des différents opérateurs et leur évolution :

⁵ Idem.

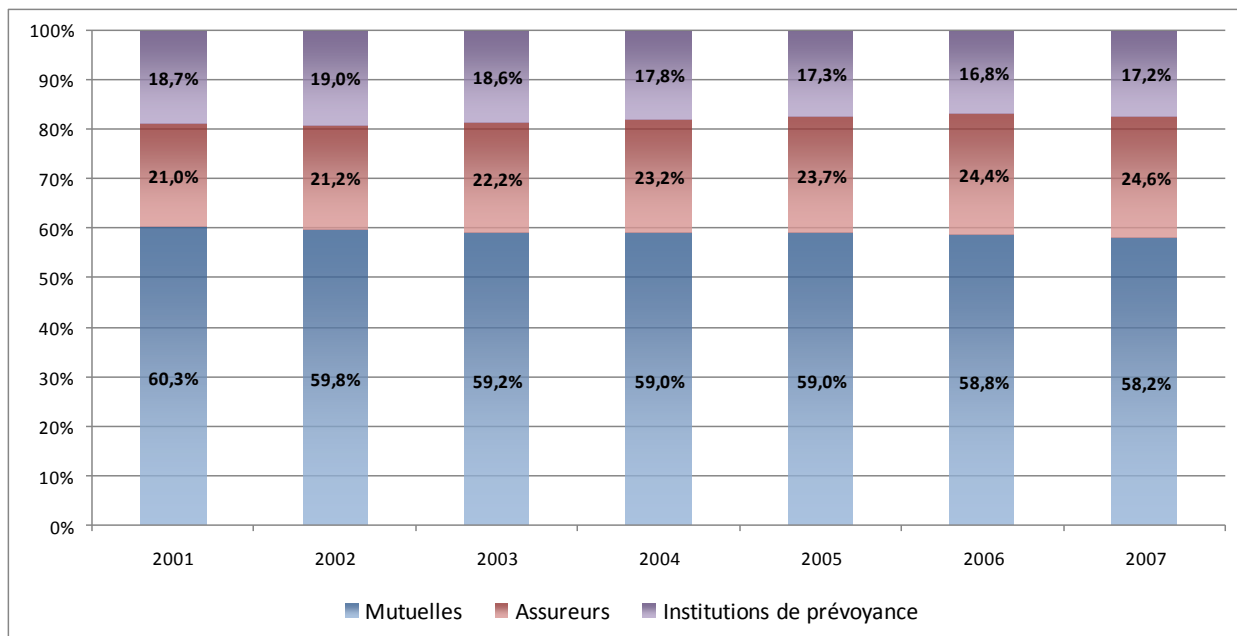
⁶ Cf étude de L'Institut de recherche et de documentation en économie de la santé (IRDES) - Questions d'économie de la santé n° 132, mai 2008.

⁷ Étude Precepta/Xerfi précitée.

⁸ Rapport précité de M. Vasselle, ces données provenant du rapport d'activité du Fonds CMU.

Structure du chiffre d'affaires de l'assurance santé complémentaire par type d'OCAM

(unité : en % des cotisations brutes)



Source : Xerfi et Fonds CMU

b) Les prestations

Des prestations concentrées sur certains secteurs

16. Les OCAM jouent un rôle majeur dans quatre secteurs où les remboursements du régime obligatoire sont faibles, voire inexistants : l'optique (le taux de remboursement de la sécurité sociale est d'environ 5 %), le dentaire (la prise en charge par la sécurité sociale est de 70 % pour les actes de soins, de 15 % sur les prothèses et nulle ou quasiment nulle pour la parodontie et les implants), les médicaments non remboursés et l'audioprothèse.
17. La progression des dépenses des régimes obligatoires (les dépenses de santé prises en charge par la sécurité sociale se sont élevées à 152,5 milliards d'euros en 2007 contre 96,2 milliards d'euros en 1997) conduit, par ailleurs, certains acteurs, publics ou privés, à régulièrement envisager de nouveaux transferts de charges en direction des régimes complémentaires, certains – non suivis jusqu'à présent par les pouvoirs publics – allant même jusqu'à prôner un désengagement total du régime obligatoire dans des secteurs comme l'optique, les prothèses dentaires ou les médicaments à prescription facultative. De même, la prise en charge partielle par les OCAM des dépenses liées aux affections de longue durée est régulièrement évoquée.

L'évolution du rôle des OCAM

18. Longtemps conçus et perçus comme simples « suiveurs » de la sécurité sociale, les OCAM ont développé ces dernières années différentes politiques tendant à les transformer en véritables acteurs de santé publique.

19. Cette évolution, perceptible à différents niveaux, s'inscrit essentiellement dans un double objectif : mieux réguler les dépenses de santé tout en améliorant l'assistance aux assurés ainsi que le niveau de leurs remboursements.
20. Une des formes perceptibles de cette évolution s'est traduite, principalement du côté des organismes mutualistes, par la mise en place de systèmes intégrés, l'OCAM développant ses propres structures, cliniques, cabinets médicaux et dentaires ou magasins d'optique, et constituant ainsi un « réseau de soins » intégré.
21. Parallèlement et ce, dès le milieu des années 1990, les OCAM, qui avaient jusqu'alors privilégié une approche orientée vers la demande de soins – et, partant, tournée vers les assurés – ont commencé à orienter leurs actions en direction de l'offre de soins, notamment en mettant en place des partenariats conventionnels avec certains professionnels de santé dans les secteurs pour lesquels les sommes restant à la charge des assurés après remboursements de la sécurité sociale et des organismes complémentaires étaient les plus élevées, élargissant ainsi les réseaux à des prestataires non intégrés.
22. Cette nouvelle orientation a supposé, en corollaire, l'acceptation par les assurés concernés d'une certaine limitation dans le choix de leurs prestataires de soins.
23. Par ailleurs, à côté du modèle traditionnel de prestations concernant les seuls soins remboursés par le régime obligatoire et tarifées en pourcentage du montant pris en charge par ce dernier, se sont développées, notamment de la part des assureurs, de nouvelles modalités de prise en charge tendant à favoriser la déconnexion entre régimes obligatoires et complémentaires : remboursements forfaitaires, aux frais réels ou prise en charge de prestations non remboursées par la sécurité sociale. C'est ainsi, par exemple, que certains OCAM ont souhaité promouvoir l'automédication, en recourant à des remboursements forfaitaires pour certaines pathologies (sevrage tabagique, rhumes et rhinites...) ou à la création de sites comparatifs portant sur le prix et les performances de médicaments.

B. LES PARTENARIATS ENTRE LES OCAM ET LES PROFESSIONNELS DE SANTE

1. LE DEVELOPPEMENT DES RESEAUX

24. Chronologiquement, les premières formes de partenariat entre professionnels de santé et OCAM ont visé à mettre en place, puis à généraliser, au moyen de conventions, le tiers-payant au sein des pharmacies. D'abord limitée au seul régime obligatoire, la pratique du tiers-payant a en effet été, par la suite, étendue à la part complémentaire.
25. La collaboration entre OCAM et professionnels de santé, amorcée il y a une trentaine d'années, s'est diversifiée vers d'autres formes de partenariats, concernant d'autres professions de santé et d'autres prestations que le seul tiers-payant.
26. Cette extension résulte tout d'abord de la volonté des OCAM, principaux contributeurs au financement des équipements optiques et des prothèses dentaires, de maîtriser des coûts en progression constante, notamment en raison de la tendance, unanimement décrite par les OCAM – mais tout aussi unanimement contestée par les représentants des professionnels de santé –, à aligner les tarifs sur le montant des garanties.
27. Elle répond également au souhait des OCAM de développer le conseil aux assurés, tant en matière tarifaire – les assurés n'étant pas forcément à même, individuellement, de vérifier

l'adéquation entre les prestations et les coûts – que dans le domaine de la prévention et de l'assistance médicale.

28. Comme l'a indiqué Groupama – un des premiers acteurs, avec la MGEN, à avoir développé, dès 1999, des réseaux d'opticiens et de chirurgiens-dentistes –, « *dans ces domaines, les prix sont libres : pour des équipements équivalents, leur variation d'un professionnel à un autre peut être forte et l'appréciation de ces prix au regard de la qualité des prestations fournies apparaît complexe pour les assurés. D'où l'intérêt de mettre en place des dispositifs susceptibles de les éclairer dans leur choix et de faire en sorte qu'ils paient le "juste prix" de ces prestations* ».
29. C'est ainsi que, progressivement, les dentistes, les opticiens et, plus récemment, les audioprothésistes ont été compris dans le champ des professionnels concernés par ces dispositifs visant à maîtriser les coûts. L'inclusion des pharmaciens s'est, jusqu'à présent, effectuée de manière beaucoup plus marginale, tant au regard du nombre de professionnels concernés que d'OCAM ayant mis en place ou envisagé des partenariats dans ce domaine.
30. Actuellement, les différents OCAM ont quasiment tous mis en place des partenariats avec les professionnels de santé. Afin d'ouvrir leurs réseaux de professionnels partenaires à d'autres OCAM, certains, tels les AGF ou Axa, en ont confié la gestion à des sociétés tierces (respectivement Santéclair et Itélis), agissant en qualité de plateforme. La société Santéclair facture ainsi aux OCAM l'accès à l'ensemble de ses services 2,59 euros HT par an et par personne protégée.
31. L'identification des réseaux et du nombre de bénéficiaires (assurés et ayants droit) potentiels est malaisée, compte tenu de leur diversité et des incessants changements survenant dans le secteur des OCAM, notamment en raison des regroupements et changements de dénomination. Les plus fréquemment cités sont ceux mis en place par la MGEN (environ 3,3 millions de personnes protégées), Swiss Life (réseau carte blanche, environ 2 millions), Carrés bleus, Santéclair (environ 5 millions), Groupama-Gan (environ 2 millions).
32. Quant au nombre de professionnels de santé concernés, il varie selon les réseaux et la profession exercée. À titre d'exemple, la MGEN compte 1 600 opticiens affiliés (sur un total d'environ 11 000 exerçant en France) et 25 600 dentistes (sur un total d'environ 36 000 exerçant à titre libéral). Santéclair regroupe environ 1 350 opticiens affiliés, 3 200 dentistes, 600 pharmaciens (sur un total de 28 000 pharmaciens titulaires) et une centaine d'audioprothésistes (sur un total d'environ 2 250 dont 824 libéraux). Itélis compte à ce jour environ 1 500 opticiens et 3 300 dentistes et a conclu des accords avec 3 enseignes d'audioprothésistes. Groupama recense près de 1 500 opticiens et 3 500 chirurgiens-dentistes.

2. L'ORGANISATION DES RESEAUX

33. S'il n'est pas envisageable, compte tenu, d'une part, du nombre, de la variété et de l'évolution rapide des formules existantes, d'autre part de la diversité des professionnels concernés, d'effectuer un recensement exhaustif des différents partenariats en vigueur, il apparaît toutefois que les réseaux de professionnels de santé présentent à la fois des caractéristiques communes et des spécificités, celles-ci étant principalement liées à l'existence de règles déontologiques pour certaines professions.

a) Les caractéristiques communes

34. La constitution d'un réseau se traduit en pratique par l'existence de conventions de partenariat entre, d'une part, les professionnels de santé et, d'autre part, le gestionnaire du réseau (OCAM ou plateforme).
35. Ces conventions sont généralement conclues *intuitu personae* et ne comportent, par ailleurs, aucune clause d'exclusivité.
36. Elles reposent sur la combinaison d'engagements réciproques des professionnels de santé et des OCAM, portant essentiellement sur quatre points : contrôle de la qualité des services rendus aux assurés (gamme de produits et de services offerts, respect de certaines normes et pratiques professionnelles, caractéristiques du magasin) ; mise en place du tiers-payant ; respect d'une certaine modération tarifaire – sur la base soit de tarifs définis par le professionnel et acceptés par l'OCAM, soit de tarifs maximaux fixés par ce dernier au sein du réseau – ; enfin, orientation des assurés de l'OCAM concerné vers les professionnels de santé membres du réseau.

b) Réseaux ouverts et réseaux fermés

37. La principale ligne de clivage entre les différents réseaux paraît être celle distinguant les réseaux dits « ouverts » des réseaux « fermés ».
38. Alors que les premiers accueillent indifféremment tout professionnel de santé demandeur auprès des OCAM (ou des sociétés agissant pour leur compte) et remplissant les conditions définies conventionnellement (tarifs, qualité et gamme des produits, etc.), les seconds limitent l'accès au réseau à un nombre limité de professionnels par zone géographique, choisis selon des critères qualitatifs et tarifaires et sélectionnés, à critères égaux, pratiquement toujours selon l'ordre d'arrivée de leur candidature.
39. L'arbitrage entre les deux types de réseau résulte des considérations suivantes : la modération des coûts consentie par les professionnels conventionnés passe, en contrepartie, par l'espérance de recevoir un nombre significatif d'assurés des OCAM concernés comme clients grâce au réseau. De fait, un réseau trop restreint et pas assez dense aurait du mal à engendrer un volume suffisant, les assurés n'étant pas disposés à effectuer de longs déplacements ; a contrario, un réseau trop large serait peu attractif pour les professionnels de santé, eu égard aux flux nécessairement réduits qu'il serait susceptible de drainer chez chacun.
40. De plus, les coûts de transaction augmentent nécessairement avec la taille du réseau, et ce tant pour les OCAM – pour lesquels chaque convention supplémentaire engendre des coûts de gestion – que pour les professionnels de santé – qui doivent procéder à des investissements en termes humains, matériels et professionnels qui n'ont d'intérêt et ne trouvent leur pleine efficacité que dans la mesure où le flux engendré par le réseau est suffisamment significatif.
41. Les seuls réseaux fermés existant actuellement sont des réseaux d'opticiens. Les ordres de chirurgiens-dentistes et de pharmaciens s'appuient sur les règles déontologiques propres à ces professions pour s'opposer à toute restriction susceptible, selon eux, de porter atteinte à l'égalité des professionnels et à la liberté de choix des patients. En revanche, le secteur de l'optique n'est pas soumis à de telles règles. Dès lors, même s'il subsiste encore des réseaux ouverts, les gestionnaires des principaux réseaux d'opticiens ont migré (MGEN, Groupama, Santéclair...) ou vont vraisemblablement migrer (Itélis) vers le modèle de réseau fermé.

c) Les réseaux fermés : modalités et principes de fonctionnement

42. Chaque réseau dit « fermé » se constitue et fonctionne selon des modalités qui lui sont propres. Néanmoins, quelques grands principes communs peuvent être identifiés :
- **la définition préalable de zones géographiques**, essentiellement en fonction de la population et des zones de chalandise : à titre d'exemple, Groupama s'assure que chacun des bénéficiaires puisse trouver un professionnel agréé dans un rayon de moins de 25 km de son lieu de travail ou domicile ;
 - **l'appel à candidatures** : la sélection des opticiens s'opère sur la base d'un appel à candidatures fait par courrier ouvert à tous les professionnels ;
 - **la durée du conventionnement** : les conventions sont, parfois, conclues pour une durée d'une année, tacitement reconductible. C'est le cas dans le réseau d'opticiens de Groupama ou d'Itélis. Toutefois, certains gestionnaires de réseaux ont mis en place des conventionnements à durée déterminée : quatre ans pour Santéclair ou deux ans et demi pour la MGEN ;
 - **la sélection des professionnels** : les opticiens sont sélectionnés sur de nombreux critères (caractéristiques du magasin, gammes de montures et de verre, situation géographique précise, prix proposés, délai de réponse à l'appel à candidatures, enseigne,...) ;
 - **la liste d'attente** : les candidats non retenus, bien que remplissant les critères de sélection, sont placés sur une liste d'attente. En cas de départ d'un professionnel du réseau ou d'une décision du gestionnaire du réseau d'augmenter la densité sur une zone géographique donnée, les candidats sont inclus dans le réseau suivant leur rang sur la liste d'attente ;
 - **les conditions d'adhésion des nouveaux opticiens** : certains réseaux prévoient une procédure spécifique en cas de reprise ou de création d'un magasin ;
 - **la liste des professionnels partenaires** : ces listes sont toutes confidentielles. Les coordonnées des partenaires membres du réseau sont communiquées au cas par cas aux assurés : généralement, l'assuré a le choix entre trois noms - le plus souvent tirés au sort - parmi les partenaires proches de son domicile ou de son lieu de travail.

d) La profession d'opticien et les réseaux fermés

43. Depuis quelques années, parallèlement à la progression du nombre de réseaux et à leur évolution progressive vers un modèle fermé, les critiques se multiplient au sein de la profession d'opticien à l'encontre des pratiques mises en œuvre par les OCAM.
44. Parmi les points les plus fréquemment invoqués, figurent notamment l'absence de transparence, les risques de fermeture du marché ainsi que la politique tarifaire imposée aux professionnels.
45. L'absence de transparence se ferait sentir à plusieurs niveaux de la procédure de sélection : en amont, dans la mesure où les critères de sélection seraient peu précis et où les professionnels ignoreraient tant le nombre d'opticiens susceptibles d'être sélectionnés que les références qualitatives ou tarifaires utilisées par les OCAM ; en aval, dès lors que les motifs de refus de conventionnement seraient souvent non communiqués, de même que la liste des professionnels agréés et, le cas échéant, le rang occupé sur les listes d'attente.

46. S'agissant des risques de fermeture du marché, ils résulteraient essentiellement de l'effet cumulatif engendré par la multiplication des réseaux fermés, de l'inclusion progressive dans leur champ d'OCAM au poids significatif, tels la MGEN récemment, ainsi que de la pratique des remboursements différenciés en faveur des assurés recourant aux professionnels du réseau. Ces pratiques seraient en fait de nature à empêcher un opticien non conventionné d'exercer son activité. La durée des conventionnements, notamment ceux conclus à durée quasi-indéterminée, pourrait également contribuer à l'exclusion des nouveaux arrivants, faute de dispositif spécifique les concernant.
47. Enfin, la politique tarifaire est également vivement contestée, dans la mesure où elle tirerait les prix excessivement à la baisse – certains OCAM sont, ainsi, mis en cause pour imposer des tarifs maximaux inférieurs au prix d'achat catalogue majoré de la TVA et des frais de port – et où elle favoriserait un alignement des tarifs entre opticiens membres d'un même réseau.
48. Ainsi, par communiqué commun du 18 mai 2009, la Fédération nationale des opticiens de France (FNOF) et le Syndicat des centrales d'achat au service des opticiens indépendants (CASOPI) ont indiqué « *la profession doit tout mettre en œuvre pour faire cesser l'agression dont elle est l'objet. Des décisions doivent être prises dans le plus large consensus possible pour faire cesser l'existence sous leur forme actuelle des réseaux fermés* ».

II. Discussion

49. Avant d'examiner les questions soulevées en l'espèce, il y a lieu de rappeler dans quelle mesure et de quelle manière les acteurs concernés, et tout particulièrement les OCAM, relèvent du droit de la concurrence, puis de rappeler les positions déjà exprimées par le Conseil de la concurrence sur différentes questions liées aux réseaux de professionnels, de santé ou autres, agréés par les assureurs.

A. LES RESEAUX DE PROFESSIONNELS AGREES PAR LES ASSUREURS ET LES REGLES DE CONCURRENCE : GENERALITES

1. OCAM ET APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

50. Dans un arrêt Fédération française des sociétés d'assurance du 16 novembre 1995 (C-244/94, Rec. p. I-4013), la Cour de justice des Communautés européennes a estimé qu'un régime d'assurance vieillesse auquel l'adhésion était facultative, fonctionnant selon le principe de la capitalisation et dont les prestations dépendaient uniquement du montant des cotisations versées et des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire, devait être considéré comme une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité de Rome [81 et 82 du traité CE], et ce nonobstant l'existence d'éléments de solidarité, tels l'indépendance du montant des cotisations par rapport au risque.
51. La Cour a, par la suite, confirmé cette analyse et étendu sa portée : c'est ainsi, notamment, que dans les arrêts du 21 septembre 1999, Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751) Brentjens

(C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-6025) et Drijvende Bokken (C-219/97, Rec. p. I-6121), elle a précisé qu'un fonds de pension d'une branche professionnelle chargé de la gestion d'un régime complémentaire fonctionnant selon le principe de la capitalisation collective et étant en concurrence avec des compagnies d'assurances exerce une activité économique. Il doit par conséquent être qualifié d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, et être soumis à ce droit, bien que l'adhésion audit fonds ait été rendue en principe obligatoire par les pouvoirs publics.

52. Le Conseil de la concurrence a estimé à plusieurs reprises que l'assurance de la part des dépenses de santé non couverte par l'assurance maladie est une activité de services entrant dans le champ concurrentiel, qu'elle soit exercée par des sociétés d'assurance, des institutions de prévoyance ou des mutuelles (voir notamment la décision n° [91-D-04](#) du 29 janvier 1991 relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie et l'avis n° [99-A-17](#) du 17 novembre 1999 relatif à la mise en œuvre de remboursements différenciés en matière d'optique et à la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens).
53. Concernant la délimitation des marchés, le Conseil de la concurrence a indiqué dans sa décision n° [91-D-04](#) précitée que « *l'assurance de la part des dépenses de santé non couvertes par l'assurance maladie est une activité de services ; [...] ces services sont offerts aussi bien par des sociétés mutualistes que par des organismes qui ne sont pas régis par le code de la mutualité, dont notamment des sociétés d'assurances ; que tous ces acteurs, qui entendent garantir la protection complémentaire de celle dispensée par la sécurité sociale, sont donc concurrents dans l'exploitation de ce marché* ».
54. Dans son avis n° [98-A-03](#) du 24 février 1998 relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance, le Conseil a relevé en outre que « *les assurances de personnes peuvent donner lieu à des contrats d'assurance de groupe, souscrits par des chefs d'entreprises, des associations ou des établissements de crédit au profit de personnes qui viendront ultérieurement adhérer à la convention (art. L. 140-1 du code des assurances)* ».
55. En matière de contrôle des concentrations, le ministre chargé de l'économie a envisagé à plusieurs reprises, tout en laissant la question ouverte, de distinguer les marchés de l'assurance collective de ceux de l'assurance individuelle, dans la mesure où la première fonctionne sur le fondement d'un contrat conclu entre un assureur et un souscripteur distinct des bénéficiaires ultimes du contrat⁹.
56. Enfin, les marchés de l'assurance santé en France ont été considérés jusqu'ici de manière constante par la pratique décisionnelle comme de dimension nationale. En revanche, dans la plupart des cas, la dimension géographique des marchés de prestations de soins est locale ou régionale.

⁹ Lettres du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 7 avril 2003 au président-directeur général de la société d'assurance La Mondiale et au délégué général de l'institution de prévoyance AG2R Prévoyance, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance prévoyance santé et retraite ; du 16 juillet 2003, aux conseils de la société Quatrem Assurances collectives, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance collective ; du 22 décembre 2005, au conseil de la société Suravenir, relative à une concentration dans le secteur des assurances, C2005-120, et du 9 août 2006, aux conseils de la Mutuelle Préviade-Mutouest, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance complémentaire santé, C2006-88 ; lettres du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 21 août 2007, aux conseils de l'Institut de prévoyance AG2R Prévoyance et la société La Mondiale, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance prévoyance santé et retraite, C2007-49, et du 29 août 2007, aux conseils de la société Pacifica, relative à une concentration dans le secteur des assurances, C2007-107.

2. LA PRATIQUE DECISIONNELLE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE EN MATIERE DE RESEAUX DE PROFESSIONNELS AGREES PAR LES ASSUREURS

57. Le Conseil de la concurrence s'est déjà prononcé à plusieurs reprises sur les effets sur la concurrence de partenariats entre professionnels et assureurs.
58. Saisi en 1989 par un syndicat d'opticiens de pratiques mises en œuvre par certaines mutuelles et, plus particulièrement, de certaines clauses figurant dans les conventions passées avec les opticiens, le Conseil de la concurrence a relevé, dans sa décision n° [91-D-04](#) précitée (confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 5 décembre 1991), plusieurs clauses susceptibles en raison de leur objet ou leur effet de fausser la concurrence tant sur le marché de la garantie complémentaire à l'assurance maladie que sur celui de l'optique-lunetterie.
59. S'agissant du marché de la garantie complémentaire, il a, ainsi, enjoint d'abroger des dispositions par lesquelles certaines unions de mutuelles interdisaient à leurs sociétés affiliées de négocier des conventions à titre individuel ainsi que de celles interdisant aux opticiens-lunetiers signataires de contracter avec d'autres OCAM ou de conclure une convention comportant des dispositions plus favorables sans en faire immédiatement bénéficier les adhérents de la mutuelle contractante.
60. S'agissant du marché de l'optique-lunetterie, il a également fait injonction de supprimer les clauses interdisant aux OCAM de signer d'autres conventions avec des opticiens n'appartenant pas aux groupements signataires, fixant des taux de remise non minimum, interdisant de conclure des conventions prévoyant des taux de remise plus favorables au consommateur, instaurant un barème de prix révisé annuellement par l'organisation syndicale d'opticiens signataires de l'accord et interdisant aux mutuelles de créer des centres d'optique.
61. Dans son avis n° [98-A-15](#) du 3 novembre 1998 relatif à une demande présentée par le Conseil national des professions de l'automobile, le Conseil de la concurrence, interrogé sur les conventions d'agrément entre assureurs et réparateurs automobiles, a abordé des questions similaires à celles soulevées par la présente demande d'avis.
62. Ces conventions, comme celles analysées en l'espèce, reposent sur des engagements respectifs du réparateur et de l'assureur : le réparateur s'engage à respecter des temps de réparation et une méthode de remise en état, ainsi qu'à pratiquer des conditions tarifaires prédéterminées ; de son côté, l'assureur doit régler directement et à court délai le réparateur. Ces conventions ne comportent aucune clause d'exclusivité mais les assureurs limitent le nombre de professionnels concernés par zone géographique afin de leur garantir un certain volume d'activité.
63. Le Conseil a, tout d'abord, estimé que la limitation par les assureurs du nombre de professionnels agréés n'était pas en soi de nature à entraver le fonctionnement concurrentiel du marché, dans la mesure notamment où l'équilibre contractuel des conventions supposait précisément une adéquation entre les sacrifices financiers consentis par les professionnels et le volume de clients engendré en contrepartie, où les agréments avaient une validité limitée dans le temps, où aucun assureur n'était en position dominante et où, enfin, les conséquences effectives de l'agrément sur l'activité et l'accès au marché paraissaient limitées, les assurés continuant à recourir à des prestataires non agréés dans des proportions non négligeables.

64. Il a, par ailleurs, précisé que l'uniformisation des coûts dans une même zone géographique pouvant résulter de la fixation de conditions tarifaires n'était pas, en elle-même, de nature à porter atteinte à la concurrence.
65. Dans son avis n° [98-A-17](#) du 10 novembre 1998 sur le protocole d'accord conclu le 23 juillet 1996 entre la MGEN et la Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD), le Conseil a, pour l'essentiel, rappelé la nécessité d'éviter toute disposition tarifaire tendant, directement ou indirectement, à l'instauration d'un prix minimum et souligné que les acquis du protocole quant à l'amélioration de l'accès des assurés sociaux aux soins dentaires pouvaient être assurés par un mécanisme reposant sur « *un système de remboursement amélioré fondé sur une augmentation du pourcentage du taux de couverture, tout en conservant une proportionnalité linéaire ou dégressive par rapport aux honoraires tarifés, ainsi qu'un plafonnement des honoraires* »¹⁰.
66. Enfin, dans son avis n° [99-A-17](#) du 17 novembre 1999 portant sur certaines pratiques mises en œuvre par des mutuelles ou groupements de mutuelles, le Conseil de la concurrence a notamment précisé que, dans la mesure où les conventions entre mutuelles et opticiens constituent par elles-mêmes des accords entre entreprises, elles peuvent, le cas échéant, être constitutives de pratiques anticoncurrentielles, notamment dans l'hypothèse où le choix des opticiens conventionnés ne répondrait pas à des critères objectifs et transparents ou en cas d'application discriminatoire. Par ailleurs, il s'est déclaré favorable, par souci de transparence, à la diffusion des conventions auprès de l'ensemble des professionnels en faisant la demande.
67. Sera d'abord examinée la question des règles de concurrence plus spécifiquement applicables à l'analyse des accords mettant en place les réseaux de professionnels de santé. Ensuite, les effets de ces accords sur la dynamique de la concurrence dans les différents types de marchés concernés seront abordés. Enfin, la question plus spécifique du risque d'alignement tarifaire pour certains médicaments résultant de l'existence de bases de données mises à disposition des assurés par certains OCAM sera traitée.

B. LES QUESTIONS SOULEVEES EN L'ESPECE

1. LES RESEAUX DE PROFESSIONNELS DE SANTE ET LES RESTRICTIONS VERTICALES

68. La première question posée par la ministre concerne la possibilité d'analyser les conventions entre les gestionnaires de réseaux – OCAM ou tiers agissant pour leur compte – et les professionnels de santé sous l'angle des règles applicables aux restrictions verticales et, notamment, aux accords de distribution sélective ou exclusive.
69. L'action des gestionnaires de réseaux consiste à sélectionner des professionnels de santé auprès desquels les assurés peuvent se procurer des biens ou services à des conditions et tarifs avantageux, à l'instar d'une centrale de référencement ou d'un courtier.

¹⁰ Le Conseil d'État, saisi par la CNSD d'un recours en excès de pouvoir contre la délibération du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes enjoignant aux chirurgiens-dentistes de résilier leur adhésion au protocole d'accord, a de son côté estimé dans un arrêt du 4 février 2000 que « *la circonstance que l'amélioration du remboursement de certains soins prothétiques liée à l'adhésion au protocole pourrait constituer un élément du choix de leur chirurgien-dentiste par les patients ne saurait être regardée comme constituant un détournement ou une tentative de détournement de clientèle* ».

70. Cependant, à la différence d'une centrale de référencement ou d'un courtier, l'OCAM prend en charge, en tant qu'assureur, une part substantielle de l'achat effectué par l'assuré, ce qui donne lieu, au travers de la procédure de tiers-payant présente dans les réseaux, à un flux financier entre l'OCAM et les professionnels de santé.
71. L'ensemble de ces éléments amène à considérer que les gestionnaires de réseaux se comportent, dans le cadre de leurs relations avec les professionnels de santé, en grande partie comme des acheteurs de biens ou de services de santé. Ils agissent ainsi, dans une certaine mesure, comme des « clients par subrogation » des assurés. Cette analyse est renforcée par le fait que les OCAM incitent les assurés, au travers de meilleures conditions de prise en charge, à recourir préférentiellement aux professionnels adhérents de leurs réseaux.
72. Les conventions entre professionnels de santé et OCAM ont, d'ailleurs, déjà été analysées par le juge civil comme s'inscrivant dans une relation « verticale » dans un contentieux opposant la chambre syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire à la Mutualité de l'Anjou. Celle-ci, qui exploitait deux pharmacies mutualistes, proposait à ses adhérents s'engageant à ne se fournir en médicaments qu'auprès de ces pharmacies mutualistes une cotisation inférieure à celle demandée aux adhérents qui entendaient conserver le choix de leur pharmacien exerçant à titre libéral.
73. La Cour de cassation, après avoir estimé que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence était applicable aux pratiques en cause, a d'abord, dans un arrêt du 21 octobre 1997¹¹, censuré la cour d'appel d'Angers pour avoir énoncé que la chambre syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire n'était pas le « *partenaire économique* » de la Mutualité de l'Anjou, « *sans relever que la Mutualité de l'Anjou en exploitant une pharmacie dépourvue de personnalité juridique distincte, était la concurrente directe des officines libérales, et, par voie de conséquence, sa "partenaire économique", de sorte que la chambre syndicale des pharmaciens du Maine-et-Loire était fondée à demander réparation du préjudice subi du fait du prix discriminatoire pratiqué par la mutuelle à l'égard de ses adhérents, non justifié, selon elle, par des contreparties réelles, afin d'obtenir qu'ils fréquentent exclusivement les pharmacies mutualistes du département* ».
74. Dans son rapport de 2002, la Cour de cassation a ensuite précisé qu'« *il y avait bien une relation verticale entre la mutuelle et les officines libérales, au travers d'une convention de tiers payant, qui consistait pour la mutuelle à prendre en charge la partie des dépenses pharmaceutiques laissées à la charge des assurés sociaux par le régime obligatoire, (le ticket modérateur) et qui supposait des flux financiers entre les pharmacies (qui ne faisaient pas payer aux consommateurs la part prise en charge par la mutuelle) et la mutuelle qui remboursait aux officines cette avance* ».
75. Il est donc possible d'analyser les accords entre les gestionnaires de réseaux et les professionnels de santé comme une relation verticale. De fait, l'opération de conventionnement est le moyen qui permet aux gestionnaires de réseaux de constituer des réseaux de professionnels de santé offrant un bon rapport qualité-prix. L'accès aux dits réseaux est ensuite commercialisé auprès du consommateur final qu'est l'assuré au travers de son contrat d'assurance maladie complémentaire. Il serait donc envisageable de définir un ou plusieurs marchés amont d'adhésion aux réseaux de soins, sur lesquels seraient présents d'une part, du côté de l'offre, les différents professionnels de santé et d'autre part, du côté de la demande, les gestionnaires de réseaux.

¹¹ Publié au bulletin n° 270, p. 234.

76. Cette qualification rejaillit nécessairement sur l'analyse concurrentielle des accords en question, régie par les principes applicables aux accords « verticaux » entre entreprises sur la fourniture de biens ou services entre elles et aux restrictions « verticales » qui peuvent découler de ces accords. Il y a toutefois lieu de noter que les accords en question ne peuvent être assimilés aux accords de distribution sélective : en effet, la distribution sélective se définit comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés* » (article 1, sous d), du règlement CE 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE à des catégories d'accords verticaux, et de pratiques concertées, JOUE L 336, p. 21). Or, un gestionnaire de réseaux, lorsqu'il sélectionne des professionnels de santé, est plus assimilable à un distributeur qui sélectionne des fournisseurs qu'à un fournisseur qui sélectionne des distributeurs.
77. Dès lors, au regard des règles de concurrence, il convient d'examiner dans quelle mesure les accords en question sont susceptibles d'engendrer les effets négatifs traditionnellement relevés en matière d'accords verticaux, tels la mise en place de barrières à l'entrée, ou s'ils peuvent, au contraire, comporter des effets bénéfiques.
78. Néanmoins, en principe, s'ils impliquent des restrictions de concurrence, les réseaux de professionnels de santé mis en place par les OCAM devraient pouvoir entrer dans le champ d'application du règlement 2790/1999 précité et bénéficier de l'exemption catégorielle que celui-ci instaure, (ou bénéficier d'un régime comparable au titre du droit français de la concurrence dans l'hypothèse où le droit communautaire ne s'appliquerait pas) dès lors que les accords conclus avec les professionnels concernés ne comportent pas de clauses « noires » telles que visées aux articles 4 et 5 de ce règlement. En effet, l'exemption est accordée, aux termes de l'article 3 du règlement, à condition que la part du marché du fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend des biens ou services. Or, si l'on suit l'analyse présentée au paragraphe 76 du présent avis, ce sont les professionnels de santé qui sont les fournisseurs et la situation dans laquelle un tel professionnel aurait une part de marché supérieure à 30 % sur « son » marché pertinent est vraisemblablement exceptionnelle. Même si l'on considère que c'est la part de marché des OCAM qui doit être prise en compte, elle doit aussi dans la plupart des cas être inférieure à 30 %. Si ces conditions de seuil sont respectées, il faudrait constater des effets substantiellement négatifs sur la concurrence, notamment une restriction significative de l'accès aux marchés en cause ou de la concurrence sur ceux-ci, en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles comportant des restrictions verticales similaires pour que le bénéfice de l'exemption puisse être retiré (voir en ce sens les articles 6 et 7 du règlement). À cet égard, les considérations qui suivent sont à prendre en compte.

2. LA DYNAMIQUE DE LA CONCURRENCE

79. Trois types de marchés paraissent pouvoir être distingués : en premier lieu, un ou plusieurs marchés amont d'adhésion aux réseaux de soins, en deuxième lieu, les différents marchés de biens et services de santé sur lesquels sont présents les professionnels de santé et les patients et enfin, un ou plusieurs marchés d'assurance maladie complémentaire. En outre, il serait envisageable, dans la mesure où certains OCAM ne gèrent pas de réseau mais ont recours aux services offerts par des gestionnaires de réseaux (principalement ceux qualifiés de plateformes), de définir un quatrième type de marché de gestion de réseaux de soins sur

lequel seraient présents d'une part, du côté de l'offre, les gestionnaires de réseau et d'autre part, du côté de la demande, les OCAM qui ne gèrent pas de réseau en direct. Toutefois, il n'apparaît pas possible, dans le cadre du présent avis, d'effectuer une délimitation – notamment géographique – précise de ces différents marchés.

80. Les conséquences éventuellement proconcurrentielles ou anticoncurrentielles du développement des réseaux de soins seront successivement abordées sur chacun des trois premiers marchés.

a) La concurrence sur les marchés d'adhésion aux réseaux de soins

81. Dans la demande d'avis, la ministre de l'économie s'interroge prioritairement sur les éventuels effets sur la concurrence de l'instauration d'un *numerus clausus*.
82. À titre liminaire, il convient de souligner l'évolution à laquelle sont confrontés les professionnels de santé concernés. Le développement des réseaux de soins, et notamment des réseaux fermés dans le secteur de l'optique, intensifie la concurrence sur les marchés amont, chaque gestionnaire de réseau mettant en concurrence, selon des modalités qui lui sont propres, les professionnels de santé. La concurrence qui se développe sous l'impulsion des gestionnaires de réseau est une compétition entre professionnels de santé pour accéder aux assurés fréquentant les différents réseaux de soins. Cette compétition est potentiellement plus intense pour l'accès aux réseaux fermés, où le nombre de professionnels de santé est limité, que dans le cas des réseaux ouverts.
83. La mise en concurrence des professionnels de santé connaît des degrés divers selon les réseaux. Certaines procédures d'appel à candidatures, telle que celle retenue par la MGEN pour la constitution de son réseau d'opticiens, créent une concurrence vive car elles se rapprochent de mécanismes d'enchères inversées : les niveaux des tarifs proposés par les professionnels conditionnent fortement les chances de ces derniers d'être acceptés dans le réseau.
84. Comme l'a déjà souligné le Conseil de la concurrence dans son avis n° 99-A-17 précité, cette intensification de la concurrence entre professionnels de santé doit, dans la mesure où les conventions passées entre gestionnaires de réseaux et professionnels de santé peuvent être le support de pratiques ayant pour objet ou pour effet d'exclure certains professionnels du marché, conduire à la vigilance quant aux garanties permettant de vérifier que le processus de sélection repose sur une concurrence par les mérites.
85. Ces garanties doivent être apportées, comme le Conseil l'a également déjà énoncé, par l'application de critères transparents, objectifs et non discriminatoires, et ce tant pour la constitution des réseaux que pour la gestion des listes d'attente sur lesquelles sont placés les professionnels.
86. Le référencement d'un nombre limité de professionnels dans une zone géographique donnée n'existe, en l'état actuel des partenariats, que pour les seuls opticiens, mais soulève de nombreuses protestations chez les professionnels concernés, tant sur le principe que sur ses modalités d'application.
87. À cet égard, le Conseil de la concurrence a souligné dans son avis n° 98-A-15 précité, que *« la procédure de l'agrément en elle-même n'est contraire ni aux principes de la concurrence, ni au fonctionnement concurrentiel des marchés »*.
88. En l'espèce, il doit en premier lieu être rappelé que l'équilibre contractuel des partenariats conclus entre les OCAM et les professionnels de santé repose sur la perspective, pour ces derniers, de bénéficier d'un apport de clientèle suffisamment significatif au regard de leurs

engagements, tarifaires et qualitatifs, ainsi que des investissements consentis en matériel et en personnel. Une augmentation ou une absence de limitation du nombre des professionnels agréés paraît de nature à engendrer une rupture de cet équilibre.

89. Le Conseil de la concurrence a souligné à cet égard dans son avis n° [98-A-15](#) que « *le rapport défini contractuellement entre d'une part les exigences de qualité et la réduction tarifaire consentie [par le réparateur] et d'autre part le volume [de réparations] qu'il peut espérer effectuer – qui peut s'analyser comme une remise de quantité – s'inscrit dans le cadre de relations commerciales normales et n'est pas en lui-même de nature à entraver le fonctionnement concurrentiel du marché* ».
90. En outre, une augmentation ou une absence de limitation du nombre des professionnels agréés est susceptible de fragiliser le dispositif dans la mesure où, comme l'ont souligné les OCAM concernés, l'efficacité de la gestion d'un réseau est liée à la limitation du nombre des partenaires, seuls les professionnels recevant un certain nombre d'assurés auprès du ou des OCAM ayant constitué le réseau étant, en effet, susceptibles de maîtriser correctement les processus d'échanges, notamment informatiques, avec les OCAM partenaires.
91. Sans nier que les réseaux fermés aient tendance à se multiplier et qu'ils soient mis en place par des acteurs importants de l'assurance complémentaire (même s'il n'est pas possible, en l'état, d'estimer, même approximativement, le nombre d'assurés effectivement concernés), la portée d'une telle constatation doit être relativisée : non seulement aucun des conventionnements existants ne comporte de clause d'exclusivité, mais, de plus, le recours par les assurés aux professionnels membres des réseaux ne présente aucune automaticité.
92. A cet égard, tous les OCAM consultés ont indiqué d'une part que le taux de fréquentation des professionnels membres du réseau par leurs assurés variait fortement en fonction de la nature de la prestation et de la profession concernée (le taux est généralement supérieur pour les opticiens que pour les dentistes, dont la relation avec le patient demeure marquée par un fort *intuitu personae*) ou encore en fonction de l'existence de remboursements différenciés, et d'autre part que ce taux était en toute hypothèse limité, la majorité des assurés souhaitant conserver une certaine liberté de choix et en faisant usage.
93. Ainsi, si le taux de fréquentation du réseau par les assurés de Groupama est d'environ 60 % pour les opticiens en cas de remboursement incitatif et de 33 % pour les chirurgiens-dentistes, les responsables d'Itelis ont, quant à eux, indiqué « *qu'entre le nombre de bénéficiaires potentiels et le nombre de bénéficiaires qui passent dans le réseau, il y a un rapport de 1 à 10* » et souligné que « *même des acteurs tels que la Mutualité Française parviennent à attirer seulement une partie de leurs mutualistes dans leurs œuvres* ». De son côté, Santéclair, tout en soulignant la difficulté de fournir un chiffre précis, a estimé à environ 25 % la proportion de patients recourant aux opticiens membres de son réseau.
94. Par ailleurs, le marché de l'optique n'est pas uniquement tributaire des partenariats avec les OCAM. Le poids des grandes enseignes, « classiques » (Optic 2000, Krys, Alain Afflelou,...) ou « low cost » (Hans Anders, leader des marchés néerlandais et belge, présent via les enseignes Grand Optical et Générale d'optique) et de leurs offres promotionnelles, reposant sur un marketing extrêmement puissant, dont l'attractivité est forte, n'est pas négligeable : ainsi, l'offre « Next year » d'Afflelou, qui permet aux clients, soit de payer leurs lunettes correctrices 12 mois après l'achat (achats inférieurs à 75 euros) ou en 12 mensualités (achats supérieurs à 75 euros), soit de bénéficier d'un escompte de 3,5 % en cas d'achat au comptant, est vraisemblablement de nature à largement compenser une absence de tiers-payant.

95. Enfin, le bon fonctionnement de la concurrence n'est pas toujours proportionnel au nombre d'opérateurs présents sur le marché. Entre 1997 et 2007, le nombre de points de vente d'optique a augmenté de 39 %, passant de 7 331 à 10 218¹², ce qui conduit à s'interroger sur l'existence d'un excès d'offre. Selon les responsables de Santéclair, « *un opticien vend en moyenne trois montures par jour. Une concentration dans ce secteur pourrait conduire à des gains d'efficacité sur les coûts de production* ». De même, les responsables d'Itelis ont affirmé « *il est sûr que nous allons rentrer dans une logique de concentration dans le secteur de l'optique* ».
96. En définitive, les risques d'effets négatifs de l'instauration de limitations d'accès au sein des différents réseaux sur l'accès au marché de l'optique et sur la concurrence ne doivent pas être surestimés, d'autant plus que l'analyse des effets des régulations visant à prohiber les réseaux fermés mises en œuvre par certains États fédérés américains tend à montrer que celles-ci auraient conduit à une augmentation des dépenses de santé par habitant de 2 %¹³.
97. Toutefois, plusieurs aspects pourraient être améliorés par rapport à la situation actuelle.
98. Tout d'abord, la situation des nouveaux entrants pourrait faire l'objet d'une prise en compte spécifique. Il apparaît que, parfois, le système mis en place par les OCAM peut conduire à exclure certains d'entre eux qui, pourtant, présentent des garanties tarifaires ou qualitatives supérieures à celles des opticiens déjà retenus.
99. Il en est ainsi, notamment, des systèmes de recrutement tels que ceux mis en place par Santéclair ou Groupama, qui fonctionnent respectivement selon un système d'appels à candidature périodique (tous les quatre ans) et sur la base de conventionnements annuels à tacite reconduction et ne prévoient ni de régime spécifique pour les opticiens nouvellement installés, ni de système limitant l'inclusion dans le réseau aux seuls repreneurs de magasins d'optique déjà référencés.
100. Afin de réduire les effets potentiellement négatifs induits par ces procédures, davantage de souplesse pourrait être introduite. Par exemple, la MGEN prévoit d'ores et déjà une possibilité d'inscription en surnombre pour les nouveaux entrants sur une zone géographique donnée, à condition que leurs « performances » soient supérieures à celles du dernier opticien conventionné.
101. Par ailleurs, il apparaît souhaitable que la durée des conventionnements soit conçue de manière à satisfaire le besoin de stabilité et de sécurité de la relation contractuelle tout en permettant une fluidité suffisante du marché. À cet égard, une durée de trois ou quatre années paraît raisonnable.
102. De manière générale, toute démarche tendant à améliorer la transparence de la procédure de sélection doit être encouragée.
103. Dans cette perspective, l'annonce préalable du nombre de conventionnements prévu pour chaque zone géographique serait de nature à donner une plus grande visibilité aux professionnels, notamment quant aux perspectives économiques attendues du conventionnement.
104. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur l'absence de diffusion par les OCAM des listes nominatives des professionnels conventionnés. Certes, comme l'ont fait valoir certains de leurs représentants, la communication de renseignements de cette nature est susceptible d'engendrer certaines difficultés. Ont été évoqués le risque de comportements collusifs

¹² Données extraites d'Acuité, portail de l'optique.

¹³ Vita, G., (2001), « Regulatory restrictions on selective contracting : an empirical analysis of "any-willing-provider" regulations », *Journal of Health Economics*.

entre professionnels appartenant à une même zone de chalandise et l'hostilité de principe de certaines enseignes d'optique aux conventionnements et, partant, le risque de pressions sur les professionnels à la fois adhérents de ces enseignes et agréés par un ou plusieurs OCAM.

105. Toutefois, le risque de collusion ne paraît pas plus élevé que dans d'autres circonstances, dès lors qu'un opticien peut appartenir à plusieurs réseaux et qu'il reste une concurrence « inter-marques » importante et, dans l'hypothèse où une enseigne interdirait à ses adhérents de rejoindre des réseaux liés aux OCAM, il appartiendrait à ces adhérents de faire le choix commercial qui leur apparaîtrait le plus judicieux.
106. Enfin, il convient de veiller à ce que les conventions ne comportent pas de clauses d'exclusivité – qui pourraient limiter la possibilité pour des réseaux concurrents de pénétrer le marché – ni de clauses restrictives telles que celles relevées dans les avis et décisions antérieurs du Conseil de la concurrence cités précédemment aux paragraphes 58 et suivants.

b) La concurrence tarifaire au sein des réseaux

107. Dans sa demande d'avis, la ministre interroge le Conseil devenu Autorité de la concurrence sur les risques d'homogénéisation des tarifs au sein des réseaux du fait des accords tarifaires prévus par les conventions.
108. Si tous les partenariats entre professionnels de santé et OCAM reposent sur la volonté affichée de permettre aux assurés de bénéficier de prestations à coût modéré et comportent des engagements en ce sens des professionnels de santé concernés, les modalités concrètes du respect de cet objectif varient selon les réseaux et selon les professionnels.
109. S'agissant des dentistes, les dispositifs sont plus ou moins contraignants selon les réseaux. Certains (Santclair, Itelis, MGEN) ont mis en place une grille de tarifs maximaux, qui peut varier en fonction du lieu d'implantation des professionnels (Santclair a ainsi défini quatre zones de tarification). D'autres, tels Groupama, demandent simplement aux dentistes membres du réseau de déclarer leurs tarifs et de s'engager à les proposer à leurs assurés.
110. Pour les opticiens, les formules sont relativement similaires, les OCAM leur demandant de s'engager soit à pratiquer des prix n'excédant pas les tarifs fixés par une grille prédéterminée par leurs soins (Santclair), soit à respecter les tarifs qu'ils ont déclarés à l'OCAM partenaire (MGEN, Groupama). Un certain nombre de conventions prévoient, en outre, soit l'obligation pour l'opticien partenaire de faire bénéficier l'assuré des offres promotionnelles en cours dans le magasin (Santclair), soit la possibilité de choisir entre l'application de la grille tarifaire de l'OCAM ou l'octroi de remises prédéterminées sur les tarifs affichés en magasin (Itelis).
111. La probabilité d'alignement tarifaire entre professionnels appartenant à un même réseau varie nécessairement selon le type d'engagements tarifaires souscrit par le professionnel de santé. Elle paraît, ainsi, assez hypothétique s'agissant des réseaux fonctionnant sans grille tarifaire préalablement définie par l'OCAM partenaire.
112. S'agissant des réseaux dans lesquels les professionnels de santé retenus doivent s'engager à respecter des tarifs maximaux, le risque d'une certaine uniformisation des prix ne peut en revanche être écarté, principalement entre les professionnels appartenant à la même zone géographique d'un réseau fermé. Plusieurs observations doivent cependant être formulées sur ce point.

113. Tout d'abord, comme l'a rappelé le Conseil de la concurrence dans son avis n° [98-A-15](#) précité, « *l'unicité des prix sur un marché ne constitue pas en elle-même l'indice d'un affaiblissement de la concurrence ou de l'existence de pratiques anticoncurrentielles et (...), dans certaines conditions, elle peut être au contraire la conséquence du bon fonctionnement des mécanismes de formation des prix résultant notamment de l'abondance de l'offre et d'une parfaite information des demandeurs* ».
114. Ensuite, les risques en termes concurrentiels de l'éventualité d'un alignement des prix à l'intérieur des réseaux doivent être mis en perspective avec les caractéristiques des marchés concernés, qu'il s'agisse des soins dentaires ou de l'optique.
115. Ces deux marchés se distinguent, en effet, par la forte asymétrie d'information en défaveur des consommateurs, renforcée par l'interposition du mécanisme assurantiel. En effet, celui-ci conduit parfois, en particulier dans le cadre de remboursements complémentaires significatifs, à une relative indifférence de l'assuré aux prix pratiqués, ainsi qu'à une convergence entre les tarifs pratiqués par les professionnels et le montant maximal des garanties accordées par les OCAM. Par ricochet une augmentation du niveau des primes d'assurance complémentaire peut s'ensuivre.
116. La mise en place de réseaux de professionnels agréés est précisément de nature à perturber positivement ce schéma. Axée, de fait, sur la régulation de l'offre, et reposant sur une identité d'intérêts entre l'organisme complémentaire – qui cherche à mieux maîtriser ses coûts – et les assurés – qui souhaitent bénéficier d'un reste à charge nul ou limité et d'une prime d'assurance la moins élevée possible –, elle soumet les professionnels souhaitant être sélectionnés à l'obligation de respecter des tarifs maximaux, déterminés de manière à freiner ou mettre fin aux hausses constatées sur les marchés concernés. Ainsi, à supposer qu'il y ait uniformisation des tarifs, il y a toute probabilité qu'il s'agisse, d'une uniformisation à un niveau sensiblement moindre qu'en l'absence de tout mécanisme de contractualisation. Au demeurant, les professionnels concernés soutiennent régulièrement que les tarifs de référence au sein des réseaux sont anormalement tirés à la baisse par les OCAM.
117. En outre, le développement du conventionnement est susceptible d'engendrer un fonctionnement plus concurrentiel du marché, y compris vis-à-vis des professionnels non conventionnés par les OCAM, dans la mesure où ces derniers seront incités à offrir soit des services supplémentaires (telles que des conditions de paiement différé), soit une qualité de services supérieure ou encore des tarifs attractifs, afin d'attirer une part des assurés pouvant par ailleurs bénéficier de conditions intéressantes dans le réseau de soins de leur OCAM.
118. Ainsi, et à la condition naturellement que les tarifs maximaux imposés par les OCAM soient élaborés de manière adéquate, il apparaît que le développement de réseaux de professionnels de santé agréés par les OCAM doit être perçu comme plutôt pro-concurrentiel. Toutefois, pour l'optique, une interrogation demeure quant au risque que le gain procuré sur le coût des verres – donnée peu contestée – ne soit, au moins partiellement, compensé par une augmentation corrélative du coût des montures, les opticiens bénéficiant de la clientèle attirée par les prix avantageux des verres profitant de cette situation pour augmenter leurs autres prix à l'égard de cette clientèle sinon captive, du moins fidélisée. Consultés sur ce point, Groupama et Santéclair ont indiqué ne pas avoir constaté une telle répercussion. Il serait, toutefois, intéressant de s'en assurer, notamment par le recueil de données statistiques objectives. Les représentants des opticiens entendus ont pour leur part indiqué que la pression exercée sur les prix par les OCAM a

principalement comme conséquence une réduction de la qualité et non une réduction de leurs marges.

119. Il est un point concernant les aspects tarifaires soulevé par la demande d'avis sur lequel l'Autorité de la concurrence peut difficilement apporter de contribution : il s'agit de la question concernant les moyens de garantir le caractère objectif des données qualitatives utilisées par les OCAM pour l'analyse des devis et la renégociation des prestations auprès des professionnels. Comme d'ailleurs pour ce qui concerne les informations qualitatives sur les médicaments fournies par les OCAM ou les gestionnaires de réseaux à l'intention des assurés, notamment dans leurs bases de données accessibles par Internet examinées dans la suite du présent avis, l'Autorité ne peut qu'appeler de ses vœux la mise en place de processus d'évaluation apportant effectivement des garanties d'objectivité, notamment par la prise en compte d'avis de plusieurs praticiens représentatifs de différentes sensibilités ou écoles médicales, mais elle ne saurait faire à cet égard de recommandations précises.

c) La concurrence sur les marchés de l'assurance maladie complémentaire

120. Le modèle économique des réseaux de soins repose sur l'obtention d'avantages économiques sur les biens et services de santé en contrepartie d'une activité accrue chez les professionnels membres du réseau, ce qui permet aux OCAM de maîtriser ou de réduire les frais réels associés aux soins. En outre, les réseaux de soins ont également pour but d'améliorer la gestion du risque, c'est-à-dire de limiter le phénomène d'« aléa moral » consistant dans la tendance, du fait de l'assuré et/ou du professionnel de santé, à l'ajustement des frais réels au niveau maximal des garanties : à besoin de santé identique, les dépenses augmentent avec le niveau de remboursement.
121. Ces avantages et améliorations peuvent être transmis au consommateur final de diverses façons : réduction ou maîtrise des primes d'assurance, amélioration des garanties, limitation du reste à charge, ... Dans tous les cas, l'efficacité du réseau suppose que les garanties dont bénéficie l'assuré dépendent de sa fréquentation du réseau.
122. Afin que les bénéfices que tirent les OCAM soient répercutés sur le consommateur final et que celui-ci choisisse son contrat d'assurance complémentaire santé de façon éclairée, il est important que la concurrence entre OCAM s'effectue sur des bases transparentes. Or, force est de constater que la diversité des offres d'assurance, qui peut apparaître comme un facteur de saine concurrence, rend difficilement comparables les différents contrats d'assurance complémentaire santé sur le plan tarifaire. La difficulté que peut avoir le consommateur à choisir de manière éclairée son contrat d'assurance complémentaire santé risque d'être encore renforcée par la difficulté à apprécier les caractéristiques d'un réseau de soins par rapport à un autre. Il serait à cet égard bienvenu que les OCAM apportent des informations sur le nombre de professionnels de santé appartenant à leurs réseaux par secteur géographique dans leur communication commerciale.
123. Les effets du développement des réseaux de soins sur le marché de l'assurance complémentaire santé sont, quant à eux, difficiles à évaluer, compte tenu du caractère récent de ce processus. Cependant, l'expérience américaine du *managed care* (terme générique désignant l'ensemble des procédures de contrôle et d'intégration visant à promouvoir des soins médicaux de qualité et d'un coût approprié) permet de faire les anticipations suivantes.

124. Le développement des réseaux de soins peut avoir a priori un effet pro-concurrentiel, dans la mesure où ces réseaux constituent un élément supplémentaire de compétition sur le marché de l'assurance complémentaire santé.
125. Cependant, le développement des réseaux de soins pourrait également conduire à une « segmentation » du marché de l'assurance complémentaire santé. En effet, l'opportunité offerte au consommateur final qu'est l'assuré d'améliorer sa couverture complémentaire santé est assortie en contrepartie d'incitations financières à recourir préférentiellement à des professionnels agréés par son assureur. On pourrait considérer que, en général, les assurés se sachant les moins susceptibles d'avoir recours à un professionnel de santé souscrivent préférentiellement un contrat d'assurance complémentaire santé incluant de telles incitations financières, on peut penser que les contrats traditionnels – offrant des garanties indépendantes de l'identité des professionnels de santé consultés – auront, à l'inverse, une population d'assurés présentant plus de « risques ». Dès lors, le différentiel de primes entre les contrats proposant des réseaux de soins et les contrats d'assurance traditionnels pourrait s'accroître sans que cette différence repose uniquement sur les mérites et l'efficacité des réseaux de soins. Sur ce point, cependant, les représentants de Santéclair contestent une telle prévision. Ils ont fait valoir que compte tenu de la nature des biens concernés par les réseaux de soins, qui sont proches de biens de consommation, les assurés ayant recours aux professionnels agréés par un réseau présenteraient, au contraire, un profil de dépenses plus important.

3. LES BASES DE DONNEES SUR LES MEDICAMENTS

126. La ministre interroge aussi le Conseil devenu Autorité de la concurrence sur les risques d'alignement tarifaire résultant de la publication sur des sites d'automédication gérés par les OCAM, de prix moyens de certains médicaments.
127. Il convient de rappeler que le mode de fixation du prix des médicaments varie selon que ceux-ci sont ou non remboursables. Le prix des médicaments remboursables est, en effet, réglementé, qu'ils soient soumis à prescription médicale ou non, alors que celui des médicaments non remboursables, seul concerné par la question, est fixé librement.
128. Le service d'information faisant objet des interrogations a été mis à la disposition des assurés par Santéclair depuis le début de 2008. Il s'agit d'une base de données, accessible pour chaque bénéficiaire à partir de l'espace privatif du site Internet de l'organisme complémentaire, comportant environ 3 000 références de médicaments vendus sans prescription médicale, chacun analysé sous l'angle de son efficacité (et noté de 0 à 20), et comportant ses éventuelles contre-indications, ainsi que de son prix moyen constaté. Les prix moyens sont calculés, d'après Santéclair, sur la base de relevés de prix transmis à la société IMS, prestataire d'études statistiques dans le secteur pharmaceutique, par un panel représentatif de pharmacies. Ils correspondent aux prix moyens de vente observés sur la France entière. Ils font l'objet d'une mise à jour annuelle.

129. Les données ainsi diffusées sont accessibles au public, portent sur des prix constatés et sont recueillies et diffusées par un organisme tiers neutre, sans lien avec les officines pharmaceutiques. Le mécanisme n'entraîne donc pas d'échanges d'informations sur les prix entre opérateurs en situation de concurrence sur un même marché, susceptibles de constituer des actions concertées anticoncurrentielles prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce.
130. Un tel système paraît, au contraire, de nature à favoriser la transparence des prix, sur un marché où, comme le souligne la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France (FSPF), partisan par ailleurs de l'instauration d'un prix unique du médicament¹⁴ « *les prix des médicaments sont très variables d'une officine à une autre suivant le circuit d'approvisionnement : les producteurs accordent des remises pouvant s'élever jusqu'à 70 % du prix en cas d'approvisionnement direct* ».
131. Le risque d'alignement à la hausse paraît, par ailleurs, relativement limité, dans la mesure où le prix communiqué est un prix moyen accessible au consommateur. La FSPF avance, d'ailleurs, que les prix moyens des médicaments en libre accès (217 produits concernés en avril 2009) auraient baissé de 3,2 % entre le premier trimestre 2008 et le premier trimestre 2009, malgré une légère augmentation des prix industriels¹⁵. Selon cette organisation, cette baisse serait précisément liée au développement d'une certaine transparence, notamment du fait de la diffusion de prix moyens, les pharmacies ayant tendance à fixer leurs prix légèrement en dessous du prix moyen.
132. D'autres mécanismes peuvent, au demeurant, contribuer à accroître la transparence sur le marché. Ainsi, un décret du 1^{er} juillet 2008 a instauré la possibilité de mettre en libre-service au sein des officines certains médicaments non remboursables. Selon le ministère de la santé, cette possibilité (mise en œuvre actuellement par 30 % à 40 % des officines), couplée à la création prévue d'un observatoire des prix, a notamment pour objectif la baisse du prix des médicaments concernés.
133. Enfin, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 de l'arrêté du 26 mars 2003 relatif à l'information du consommateur sur les prix des médicaments non remboursables dans les officines de pharmacie, divers dispositifs ont permis d'améliorer l'information sur le prix des médicaments non remboursables, et notamment l'obligation d'un affichage lisible et visible du prix de vente TTC des médicaments non remboursables exposés à la vue du public.
134. Dans ces conditions, la publication telle qu'effectuée de prix moyens constatés ne paraît pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

¹⁴ Au motif que « *la variabilité des prix est de nature à altérer la relation de confiance entre le patient et le pharmacien* ».

¹⁵ Selon le LEEM, le prix des médicaments concernés aurait augmenté de seulement 0,6 % entre 2006 et 2007.

4. CONCLUSION

135. Sous réserve que les différentes préconisations exprimées précédemment soient prises en compte, en l'état actuel des différents types de marchés concernés, lesquels ne sont pas caractérisés à ce jour par un fort degré de concentration, tant la constitution de réseaux de soins que celle de bases de données sur les prix des médicaments doivent a priori être favorablement accueillies au regard de la politique de concurrence et des intérêts des consommateurs.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Fabienne Siredey-Garnier et de M. Romain Lesur, et l'intervention de M. Jean-Marc Belorgey, rapporteur général adjoint, par Mme Anne Perrot, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Laurence Idot et Reine-Claude Mader-Saussaye et M. Denis Payre, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Anne Perrot