

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision 01-D-62 du 4 octobre 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution des appareils médicaux

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 3 décembre 1991 sous le n° F 457, par laquelle l'Union syndicale des distributeurs de fauteuils roulants et appareils médicaux (USDIFAMED) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par certaines caisses primaires d'assurance maladie ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 18 juillet 2001, l'USDIFAMED ayant été régulièrement convoquée ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

A. - Le secteur

Les appareils et matériels destinés à la déambulation des personnes handicapées sont constitués, d'une part, par des appareillages, dits " petit appareillage " (coutils, semelles orthopédiques, colliers cervicaux) ou " grand appareillage " (orthèses, prothèses, chaussures orthopédiques), d'autre part, par des matériels apportant des aides techniques, comme les fauteuils roulants, cannes, déambulateurs. Un certain nombre de matériels et d'appareils sont employés afin de maintenir les malades à domicile : il s'agit de matériels tels que des lits, des matelas, des soulève-malades, d'appareils d'assistance respiratoire, d'appareils destinés notamment à la nutrition artificielle et à la perfusion, et enfin de produits consommables.

Parmi ces appareils et matériels, un certain nombre sont pris en charge par l'assurance maladie : il s'agit de ceux énumérés par le " *tarif interministériel des prestations sanitaires* " (TIPS), qui prend la forme d'arrêtés interministériels pris après avis de la commission consultative des prestations sanitaires, lesquels, en vertu des dispositions de l'article R. 165-1 du code de la sécurité sociale, fixent : " 1) la liste ou nomenclature des fournitures et appareils qui peuvent être pris en charge au titre des prestations sanitaires ; 2) leurs

spécifications et, éventuellement, leur délai normal d'utilisation, le délai pendant lequel ils doivent être garantis, totalement ou partiellement, ainsi que les indications médicales auxquelles peut être subordonnée leur prise en charge ; 3) les tarifs de responsabilité des organismes d'assurance maladie et du ministère chargé des anciens combattants, applicables à ces fournitures et appareils, ainsi qu'à leur renouvellement, leur réparation et leur adaptation éventuelle ". La prise en charge des frais relatifs aux fournitures et appareils est subordonnée à une prescription médicale (alinéa 1^{er} de l'article R. 165-4). En outre, le " *tarif interministériel des prestations sanitaires* " (TIPS) précise que la prise en charge de certains matériels et appareils, comme, par exemple, les lits médicalisés, est soumise à une entente préalable de l'organisme d'assurance maladie, c'est-à-dire de la caisse primaire d'assurance maladie ou du ministre des anciens combattants. De surcroît, les fournisseurs de certains appareils, comme les fauteuils roulants et certaines prothèses, sont soumis à un agrément accordé par la caisse régionale d'assurance maladie. L'arrêté du 30 décembre 1985 précise à cet égard que les distributeurs doivent disposer de locaux adaptés à l'exercice de cette activité, c'est-à-dire accessibles aux personnes handicapées et à leurs véhicules, comporter une superficie minimum de 16 m², des toilettes spécialement aménagées et un atelier permettant d'assurer les réparations ; en outre, le personnel de ces distributeurs doit justifier de compétences sanctionnées par un diplôme de " *loueur et revendeur de véhicules pour handicapés physiques* " délivré par le Centre d'études et de recherche sur l'appareillage des handicapés (CERAH), dépendant du secrétariat d'Etat aux anciens combattants et situé à Woippy (Moselle).

Par ailleurs, le TIPS prévoit que certains appareils ne peuvent être que vendus et non loués, en particulier pour des raisons d'hygiène (matelas par exemple).

D'autres appareils et matériels ne sont pas inscrits au TIPS comme, par exemple, les poussettes de transport ou les tables de malades.

Il n'existe pas d'évaluation précise du nombre de personnes concernées par ces différents matériels et appareils en raison, notamment, de l'absence de cohérence des diverses sources. Selon des chiffres communiqués lors des premières journées techniques de l'assurance maladie sur l'appareillage, organisées au Mans les 8 et 9 mars 1989, le nombre de français handicapés était évalué à environ 6 millions. Lors des deuxièmes journées techniques de l'assurance maladie sur l'appareillage, organisées à Vichy les 18 et 19 mars 1992, il a été indiqué que 5 à 6 millions de personnes utiliseraient des lits, des cannes, du petit et du grand appareillage et que 500 000 personnes auraient besoin de fauteuils, les ventes annuelles de ce type d'appareils s'élevant à environ 32 000 à 35 000 unités, dont 2 000 à 3 000 électriques.

Pour répondre à cette demande, il existe trois catégories de distributeurs : en premier lieu, les entreprises privées spécialisées qui détiennent environ 50 % du marché dominé, selon le SYNALAM (Syndicat national des loueurs d'appareils médicaux), par six entreprises : les sociétés Vitalair, Orkyn', LVL, Locapharm, Bastide et De Médica ; en deuxième lieu, les 22 500 officines pharmaceutiques exerçant une activité de location de matériel médical inscrit au TIPS et dont la part de marché serait, selon la fédération des syndicats pharmaceutiques de France, d'environ 30 % ; enfin, en troisième lieu, depuis les années 1980, un certain nombre de caisses primaires d'assurance maladie qui ont mis en place des services de prêt de matériels, directement ou par l'intermédiaire d'associations ; cette activité représenterait environ 20 % du marché total.

Parmi ces matériels et appareils, ceux qui apportent des aides techniques et ceux qui permettent le maintien à

domicile des malades répondent à des besoins propres. Les entreprises qui en assurent la distribution doivent pouvoir en assurer la livraison rapidement ; la société LVL a ainsi déclaré : " *Les lits sont livrés dans les deux heures. Cela tient au fait que la demande peut intervenir notamment au moment de la sortie d'hôpital sans contact préalable, et il faut donc pouvoir agir dans l'urgence pour obtenir ou conserver la clientèle* " .

Par ailleurs, si, contrairement à ce qui est exigé pour les matériels d'assistance respiratoire et pour des produits comme les pompes et les pousse-seringues, il n'y a pas d'astreinte obligatoire, les entreprises de distribution doivent néanmoins disposer d'un service après-vente apte à dépanner les patients dans les plus brefs délais. Selon la société LVL, " *pour le maintien à domicile (essentiellement les lits et les fauteuils), il n'est pas nécessaire d'assurer une permanence 24 heures sur 24. Nous sommes ouverts du lundi au samedi, éventuellement tard dans la soirée et, lorsqu'on nous le demande, nous pouvons livrer un lit en deux heures. En dehors de cela, nous informons l'entourage des patients sur les possibilités d'assurer, lorsque nous sommes fermés, un dépannage provisoire des lits (en particulier, remise en position plane par un déverrouillage) et nous assurons également la formation du personnel de soins qui peut ainsi éventuellement intervenir... Hormis les fauteuils roulants électriques pour lesquels nous intervenons rapidement (certains correspondent, en effet, à des pathologies lourdes), l'entretien et la réparation des fauteuils manuels ne présentent habituellement pas de caractère d'urgence* " . La proximité joue ainsi un rôle important. La société Sunrise, fabricant de matériel, a déclaré à cet égard : " *La distribution de ces appareils est une activité locale du fait des caractéristiques de la clientèle et des contraintes des fournisseurs* " . Le cas des pharmacies mis à part, étant donné leur situation de grande proximité de leur clientèle habituelle, la délimitation des zones de chalandise donne lieu, selon les entreprises, à des appréciations différentes. Ainsi, si pour la société Locapharm : " *Il n'est pas possible de définir précisément le rayon d'action des agences qui est variable pour chacune : il s'agit surtout d'un développement d'opportunité, qui reste géographiquement limité* " , la société Protéor indique : " *La taille des zones de chalandise varie selon la configuration géographique. Ainsi, sur Grenoble, le rayon d'action est inférieur à 50 km, alors que dans l'ouest, ce rayon d'action est de l'ordre de 100 km ; cela étant, l'essentiel de notre activité se déroule en agglomération ... [mais] il s'agit d'une activité de proximité et le marché ne s'étend guère au-delà d'une " petite couronne " autour de l'agglomération où nous sommes installés* " . Pour sa part, la société Bastide a indiqué : " *pour ce qui concerne les zones de chalandise, elles s'étendent dans un cercle de 10 km pour le maintien à domicile et de 50 km pour le handicap, le secteur respiratoire et le secteur de la perfusion. Mais, en fait, la taille du marché est liée à la compétence des entreprises* " . De son côté, la société Orkyn' considère que le " *rayon d'action moyen [est] de l'ordre de 60 km* " , la société LVL, précisant : " *nous considérons que l'activité d'une agence peut s'exercer sur un rayon de 30 km. C'est une activité de proximité, en particulier, parce que la proximité génère la confiance de la clientèle en rassurant sur les capacités d'intervention. A titre d'exemple, il n'était pas possible de développer notre activité à Rouen depuis l'agence du Havre, malgré tous les efforts de nos commerciaux auprès des différents partenaires du secteur médical ; en revanche, l'ouverture d'une agence à Rouen a donné immédiatement des résultats. Il en a été de même entre Rouen et Evreux : l'ouverture d'une agence à Evreux a été nécessaire* " . Etant donné les caractéristiques de ces services, les marchés de la distribution des aides techniques et des matériels permettant le maintien à domicile des malades ont une dimension locale.

B. - Les pratiques

Il existe 129 caisses primaires d'assurance maladie (CPAM), à raison d'au moins une par département, dont la circonscription et le siège sont fixés par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale. Leur nature juridique est celle d'organismes privés chargés de la gestion d'un service public ; elles fonctionnent sur la base d'un règlement intérieur et sont gérées par un conseil d'administration qui prend les décisions. Leurs compétences, fixées par les dispositions du code de la sécurité sociale, sont de trois ordres : l'immatriculation des assurés sociaux, le service des prestations d'assurance des risques (à l'exception de la vieillesse et des charges familiales), l'action sanitaire et sociale (prestations supplémentaires, secours, oeuvres sociales). Si les caisses ne disposent d'aucune autonomie pour ce qui est des prestations légales, elles ont une certaine autonomie en matière d'action sanitaire et sociale, laquelle est toutefois encadrée ; en effet, la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) -établissement public à caractère administratif- coordonne l'action sanitaire et sociale des caisses primaires, dans le cadre d'un programme fixé après avis de son conseil d'administration, par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale. La CNAMTS gère un fonds national d'action sanitaire et sociale (FNASS), financé par prélèvement sur les cotisations sociales et la CSG, qu'elle répartit entre les caisses primaires et elle approuve les budgets d'action sanitaire et sociale adoptés au niveau local. Les caisses primaires utilisent ces fonds sous forme de prestations supplémentaires prévues par leur règlement intérieur ou conformément aux orientations retenues par leur conseil d'administration. Dans ce cadre, elles peuvent contribuer à la création d'équipements et de services à caractère sanitaire, social ou familial au profit de leurs ressortissants, c'est-à-dire des assurés sociaux relevant du régime général demeurant dans la circonscription de la caisse, participer à leur gestion et leur accorder des prêts ou des subventions ; en vertu des dispositions de l'article R. 262-7 du code de la sécurité sociale, les opérations d'acquisition, de construction ou d'aménagement d'immeubles en vue de la réalisation d'oeuvres ou d'institutions sanitaires sont soumises à l'autorisation du ministre. Certaines caisses participent ainsi à l'offre de soins médicaux ou dentaires en gérant, par exemple, des centres de santé qu'elles ont créés, dans le but de favoriser l'accès aux soins de tous les assurés.

A partir des années 1980, un certain nombre de CPAM ont décidé - dans le but de réduire les dépenses de santé - de mettre en place, au bénéfice de leurs assurés, des services de prêt gratuit d'appareils destinés à la déambulation des handicapés et de matériels permettant le maintien à domicile des malades. Le nombre total de caisses concernées par cette activité serait de l'ordre de quarante, selon le recensement effectué par les comités départementaux d'examen des comptes, cité par la Cour des Comptes dans son rapport annuel sur la sécurité sociale, publié en septembre 1996. Ce nombre doit toutefois être relativisé, l'activité étant très variable d'un service à l'autre, voire même insignifiante pour certains. Les données générales relatives à l'importance globale de l'activité de ces services sont incertaines. A l'allégation, non étayée, contenue dans la saisine de l'USDIFAMED, selon laquelle " *les caisses primaires et leurs associations écran se sont rapidement emparées de 50 à 75 % du marché* ", répondent les données recueillies par la Cour des comptes : " *Ceci représenterait globalement, en l'absence de données plus précises, 20 % du marché de l'appareillage médical, cette moyenne recouvrant de fortes disparités entre les départements* ". Deux procédés ont été utilisés par les caisses pour mettre en place ces services : la prise en charge directe par la caisse (Blois, Laval, Limoges, Nancy, Orléans, Poitiers, Quimper, Roanne et Saint-Nazaire) et la création d'une association ayant pour objet cette activité (Caen, Cergy-Pontoise, Creil, Le Creusot, Laon, Le Mans, Moulins et Nantes). Le choix de la structure juridique résulte d'une décision propre à chaque caisse. Ainsi, si la CPAM du Loir et Cher a retenu la formule du service plutôt que la forme associative, c'est " *qu'il est apparu qu'elle était plus économique, y compris en tenant compte des charges de fonctionnement* " ; le choix de la CPAM de Roanne d'un service de prêt en gestion directe a été guidé par un avis favorable de la direction régionale des affaires

sanitaires et sociales. Inversement, l'option, retenue par la CPAM du Mans en faveur d'une association, a répondu à la demande de la DRASS qui *" estimait que, compte tenu du développement de l'activité du service, une gestion par une association serait préférable "* ; à Caen, la volonté de créer une structure gérée en partenariat avec des associations de personnes malades ou handicapées a été un élément déterminant dans la création de l'association pour le prêt d'appareillage aux malades et handicapés (APPAMH), de même, pour l'association pour le prêt d'appareillage aux malades et paralysés (APAMP) à Moulins, qui considère en outre que *" la création d'une association était également un gage de souplesse de la gestion "* ; dans le Val d'Oise, la création de l'association Espace 95 a répondu au souhait d'associer les associations de personnes handicapées *" à l'action des caisses afin que les besoins des handicapés soient définis au mieux "*.

Les services de prêt peuvent être implantés soit dans des locaux distincts de ceux de la caisse primaire (Le Mans, Moulins), soit dans des locaux attenants à la caisse mais disposant d'une entrée séparée (Roanne, Caen), soit dans les locaux des caisses (Espace 95, CPAM du Loir et Cher, de Quimper).

Les services proposés par ces structures ne sont accessibles qu'aux ressortissants de la caisse primaire locale ou à ceux des autres régimes obligatoires particuliers associés. L'accès à ces services est donc limité : ainsi, le représentant de la CPAM de Roanne a déclaré : *" le service est à la disposition des assurés du régime général dépendant de la caisse de Roanne. Il faut préciser que sur le département de la Loire, il y a deux caisses primaires : celle de Roanne et celle de Saint-Etienne ; cette dernière ne dispose pas de service, mais ses assurés ne peuvent accéder au nôtre "*. En outre, l'APPAMH de Caen a précisé : *" les personnes qui peuvent bénéficier des prêts sont les assurés des trois régimes associés, demeurant dans la zone départementale. Mais on a pu constater que plus, on s'éloigne de Caen, moins les assurés s'adressent à l'association "*.

L'existence des structures de prêt est portée à la connaissance du public de différentes manières, le plus souvent par l'intermédiaire des professionnels de santé et des établissements de soins ; en outre, les associations de personnes handicapées, qui sont directement ou indirectement associées à leurs activités, sont en mesure d'en informer leurs adhérents ; d'autres procédés sont également utilisés : affichettes dans les locaux des CPAM, chez des médecins, dans les établissements hospitaliers, édition de plaquettes, vitrines d'exposition du matériel sur les sites.

Les déclarations des différents représentants d'associations ou de CPAM recueillies -APPAMH du Mans, APPAMH de Caen, CPAM de Roanne, de l'Allier - sont sans équivoque sur le respect du principe du libre choix par les assurés de leur fournisseur.

Les services de prêt détiennent des stocks plus ou moins importants et variés d'appareils médicaux ; pour l'essentiel, il s'agit de fauteuils roulants, de cannes et de lits médicaux, lesquels constituent *" près de la moitié du stock détenu par les caisses "*, ainsi que l'indique la Cour des comptes dans son rapport pour 1996 (p. 206). Si ces stocks ont été souvent constitués, au départ, par des dons et des restitutions, les responsables des services s'accordent à dire que les dons sont peu nombreux au regard des besoins et portent, en général, sur des appareils qui ne sont pas en bon état ; les stocks de matériels sont donc principalement enrichis par des acquisitions. Les achats sont effectués individuellement, les services ne passant pas par l'intermédiaire d'une centrale d'achats et ne se groupant pas pour obtenir des remises plus importantes ; chaque service a son propre réseau et négocie les remises qui lui sont octroyées. De même, les stocks des services ne sont pas

" mutualisés ", ainsi que l'a indiqué M. Aubin, chargé de mission auprès de la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, lors de son audition du 19 juin 1997, et il n'existe pas de transfert d'appareils d'une caisse à l'autre : "*cela serait difficilement gérable* ", explique Mme Nicod, directrice adjointe de la CPAM de Roanne.

Les caisses qui gèrent elles-mêmes un service de prêt imputent les dépenses effectuées sur le " risque " ou sur le fonds d'action sanitaire et sociale selon que les appareils achetés sont ou non inscrits au TIPS. Pour leur part, les associations qui gèrent une structure de prêt disposent d'un budget spécifique qui leur permet d'acquérir des appareils ; elles sont liées aux caisses concernées par des conventions qui prennent souvent la forme de convention de tiers payant semblable à celles qui sont passées avec les entreprises du secteur, prévoyant notamment les conditions de facturation aux caisses des prestations assurées.

Dans de nombreux cas de fourniture d'appareils, les assurés ne paient pas la part des frais qui normalement reste à leur charge, c'est-à-dire le ticket modérateur. Il apparaît cependant, au vu des déclarations des responsables de l'assurance maladie, qu'un grand nombre des bénéficiaires de ces prêts entrent dans les catégories bénéficiant de l'exonération légale du ticket modérateur soit en raison de leur situation sociale soit de la nature de l'affection ou de l'acte médical prévues par les dispositions de l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale.

Un certain nombre de ces caisses - celles dont l'activité est la plus significative - se sont regroupées au sein d'une association, l'Association nationale de l'appareillage des caisses d'assurance maladie (ANACAM), créée le 29 novembre 1989. Le nombre d'adhérents de cette association est passé de 18, lors de sa création, à 29 en 1997, y compris des caisses ne disposant pas de services de prêt mais étant intéressées par les activités de l'association. L'ANACAM a pour objet statutaire : "*1. La recherche de matériel adapté aux besoins réels des handicaps et aux meilleurs coûts ; 2. La formation et le perfectionnement de techniciens de l'appareillage ; 3. La réalisation d'un pôle de communication en relation avec divers partenaires intéressés à la protection de la santé et aux traitements des handicaps ainsi que tous les services et institutions d'actions médico-sociales et éducatives : actions d'information des différents partenaires et des usagers, constitution d'une base de données, communication, publication, cours, conférences, organisation de colloques, congrès et autres manifestations diverses* ". Selon le procès-verbal de l'assemblée générale constitutive du 29 novembre 1989 : "*Le but essentiel de l'association est de permettre d'aider les organismes souhaitant, à terme, la création d'un service d'appareillage en tenant compte de l'expérience des caisses fondatrices* ". Par ailleurs, le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 8 mars 1990 précise : "*La caisse primaire de Limoges interroge l'ANACAM sur ses possibilités de servir de " courroie de transmission " pour permettre l'acquisition d'appareillage(...) M. Negaret insiste sur le fait que l'ANACAM n'a pas pour vocation de devenir un groupement d'achat* ". A cet égard, le secrétaire de l'ANACAM a précisé : "*Le but de cette création était donc de se rassembler pour approfondir les expériences que nous avons, d'impulser la recherche dans ce secteur, de favoriser le développement de ces services dans un souci de maîtrise des dépenses de santé. Notre philosophie peut se résumer ainsi : " un meilleur service au moindre coût ". Ces objectifs figurent dans l'objet social. Il y a lieu, à cet égard, de préciser que le 1^{er} alinéa des statuts (" La recherche de matériel adapté aux besoins réels des handicaps et aux meilleurs coûts ") n'a jamais été mis en application. Il faudrait inscrire à la place : " mise en place d'une veille technologique " : c'est un peu un rôle d'observateur de la qualité des appareils qui nous permet, éventuellement, de signaler les matériels présentant de graves imperfections. Ce n'est toutefois pas notre*

vocation principale. En fait, dans la pratique, il n'est ni possible, ni utile de référencer les appareils qui sont sur le marché, car il y a trop de particularisme et les centres de prêt, qui sont très individualistes, s'approvisionnent beaucoup auprès de fournisseurs locaux ". Les déclarations des responsables des services de prêt et des distributeurs et fabricants entendus dans le cadre de l'instruction de l'affaire vont dans le même sens.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

En ce qui concerne la compétence du Conseil

Considérant qu'aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce : " *Les règles définies au présent livre 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 conventions de délégations de service public* " ;

Considérant que dans un arrêt du 18 octobre 1999, Aéroports de Paris, le Tribunal des conflits a jugé que " *si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques* " ;

Considérant que l'activité de certaines caisses primaires d'assurance maladie, qui fait l'objet de la présente saisine, consiste à mettre à la disposition d'assurés sociaux des appareils médicaux ; qu'il s'agit donc d'une activité de service, les caisses intervenant sur les marchés de la distribution d'aides techniques destinées aux personnes handicapées et de la distribution de matériels permettant le maintien à domicile des malades ; qu'à supposer qu'elle entre dans le cadre de la mission de service public qui leur est confiée, cette activité n'est pas exercée au moyen de prérogatives de puissance publique ; qu'ainsi, le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des pratiques mises en œuvre sur ces marchés par les caisses primaires d'assurance maladie ;

En ce qui concerne l'entente entre les caisses

Considérant qu'aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce : " *Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.* " ;

Considérant que l'USDIFAMED soutient dans sa saisine que " la similitude des pratiques de nombreuses caisses primaires ne s'explique que par une entente au moins tacite et non par un simple parallélisme de comportements justifié par la poursuite de l'intérêt individuel de chaque caisse ", que cette entente aurait pour objet de " faire disparaître progressivement les entreprises de distribution " et que " la création de l'ANACAM ne fait que mettre en évidence la concertation entre les caisses " ;

Mais considérant, à titre liminaire, que les services de prêts mis en place par certaines caisses primaires d'assurance maladie ne sont accessibles qu'aux ressortissants de chacune de ces caisses primaires ou à ceux des autres régimes obligatoires particuliers associés ; qu'ainsi, les caisses d'assurance maladie ayant créé de tels services de prêts ne sont pas en concurrence entre elles sur les marchés locaux de la distribution des aides techniques et des matériels permettant le maintien à domicile des malades ;

Considérant, par ailleurs, que le parallélisme de comportements ne peut être regardé comme une entente, au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce, que si des comportements identiques ne peuvent s'expliquer ni par les conditions du marché auxquelles chaque entreprise est soumise, ni par la poursuite de l'intérêt individuel de chacune d'elles ; qu'en l'espèce, ainsi qu'il a été relevé dans la partie I de la présente décision, il résulte de l'instruction que la création des services en cause émane des responsables locaux et résulte de décisions prises de façon autonome par les caisses concernées ; que le fonctionnement de chacun de ces services est également autonome, tant en matière de politique suivie, de développement des activités, de relations avec les assurés, de modalités de financement, que de gestion des stocks ; que l'USDIFAMED ne fournit, à l'appui de son allégation, aucun élément qui laisserait présumer qu'une pratique, qui aurait eu pour objet ou aurait pu avoir pour effet de fausser et d'entraver la concurrence sur les marchés locaux de la distribution des appareils concernés, aurait été mise en œuvre par les services de prêts des CPAM ;

Considérant, en second lieu, qu'aucun élément du dossier ne démontre que la constitution de l'ANACAM, par un certain nombre de caisses, procéderait d'une volonté ou aurait eu, pour effet, de fausser ou de porter atteinte au jeu de la concurrence ; que de surcroît, la concertation organisée par cette association, à supposer même qu'elle ait eu pour objet d'obtenir des matériels et appareils au moindre coût et de mutualiser les stocks de ces matériels et appareils, ne serait pas, en elle-même, anticoncurrentielle ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les pratiques dénoncées par l'USDIFAMED entrent dans les prévisions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne l'abus de dépendance économique

Considérant qu'aux termes du I de l'article L. 420-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable à la date des faits : " Est prohibée (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : (...) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. " ;

Considérant qu'ainsi que l'a précisé le Conseil, dans son avis n° 97-A-01 en date du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution : " La dépendance économique vise la situation dans laquelle se trouve une entreprise dans sa relation avec une autre, cliente ou fournisseur, caractérisée par une position de puissance telle à son égard qu'elle ne peut s'y soustraire. Dans ce cas de

*figure, la continuité d'exploitation au sens économique du terme de la première qui se trouve être en situation de dépendance n'est plus assurée, dès lors que les relations commerciales (achat ou vente de biens et services) qu'elle entretient avec la seconde viendraient à cesser " ; qu'ainsi, la situation de dépendance économique concerne des entreprises, c'est-à-dire des opérateurs économiques se livrant à des activités de production, de distribution ou de service, liées entre elles par des relations commerciales *stricto sensu* ;*

Considérant que, pour soutenir que les caisses primaires d'assurance maladie abuseraient de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouveraient à leur égard les entreprises de distribution d'appareils médicaux, l'USDIFAMED indique que " *c'est la législation de sécurité sociale elle-même qui organise cette dépendance économique à travers les mécanismes d'agrément, d'entente préalable et de prise en charge* ", que " *c'est encore la législation de sécurité sociale qui interdit aux entreprises de vente ou de location de matériel d'appareillage de trouver ailleurs des " solutions équivalentes " au sens de l'ordonnance de 1986* " et que " *lorsque la caisse a décidé de refuser la prise en charge financière d'une prestation, on peut difficilement imaginer que le patient trouvera une autre source de financement, alors qu'il considère, à juste titre, que sa situation d'assuré social est précisément destinée à le dispenser de cette préoccupation* " ; qu'enfin, l'USDIFAMED conclut : qu' " *en définitive, le destin économique et financier des entreprises de vente ou de location d'appareillages dépend entièrement de la politique suivie par les caisses de sécurité sociale, de leur volonté de respecter la législation en vigueur et, au coup par coup, des décisions prises par les caisses* " ; qu'ainsi, l'USDIFAMED considère que les caisses primaires d'assurance maladie peuvent abuser, d'une part, du pouvoir de prendre en charge les dépenses exposées par les assurés, qui leur est conféré par l'article L. 211-1 du code de la sécurité sociale, ainsi que du pouvoir qu'elles tiennent des articles R. 165-1 à R. 165-9 du même code d'accorder ou de refuser l'entente préalable à laquelle est subordonnée la prise en charge des frais relatifs à certains appareils, lorsqu'elle est prévue par le " *tarif interministériel des prestations sanitaires* ", d'autre part, de la compétence qui est confiée aux caisses régionales d'assurance maladie en matière d'agrément de certains matériels et appareils en vertu de l'arrêté en date du 30 décembre 1985 ;

Considérant, cependant, que les décisions d'entente préalable, de prise en charge et d'agrément de matériel, qui sont prises tant par les caisses régionales que par les caisses primaires d'assurance maladie, relèvent de leurs missions réglementaires et des prérogatives de puissance publique qui leur sont confiées ; qu'ainsi, les relations entre les caisses primaires et les entreprises de distribution d'appareils médicaux qui en résultent ne constituent pas des relations de nature commerciale, mais de nature administrative ; qu'il s'ensuit que la situation des entreprises de distribution d'appareils médicaux à l'égard des caisses primaires d'assurance maladie ne peut être qualifiée de situation de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ; que, par suite, il ne peut y avoir d'abus de dépendance économique de la part des caisses primaires d'assurance maladie au sens de ce texte ;

Considérant qu'ainsi, il n'est pas établi que les pratiques dénoncées par l'USDIFAMED entrent dans les prévisions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les caisses primaires d'assurance maladie se soient livrées à des pratiques anticoncurrentielles ; qu'en conséquence, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce,

DÉCIDE

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Descours-Gatin, remplaçant M. Resplandy , empêché, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, en remplacement de Mme Hagelsteen, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Robin, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

Le vice-président, présidant la séance,
Pierre Cortesse