



**Décision n° 12-D-03 du 23 janvier 2012
concernant une saisine de la Polyclinique de Savoie relative à des
pratiques de l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel
(AURAL-Lyon) dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale
chronique par dialyse en Haute-Savoie**

L'Autorité de la concurrence (Section III),

Vu la lettre enregistrée le 20 mai 2008, sous le numéro 08/0056F, par laquelle la Polyclinique de Savoie a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques de l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel (AURAL-Lyon) dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse, susceptibles d'être visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Vu le code de la Santé Publique ;

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

Vu les observations présentées par la Polyclinique de Savoie le 7 novembre 2011 suite à la proposition de non-lieu ;

Vu les observations présentées par le commissaire du gouvernement le 28 octobre 2011 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, les représentants de la Polyclinique de Savoie et de l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel (AURAL-Lyon) entendus lors de la séance du 13 décembre 2011 ;

Adopte la décision suivante :

1. Par lettre du 20 mai 2008, enregistrée sous le numéro 08/0056 F, la société Polyclinique de Savoie a saisi le Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 462-5 du code de commerce, de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel (AURAL-Lyon), dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale chronique en Haute-Savoie.
2. En 2006, à l'occasion du renouvellement des autorisations d'exercice de l'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique (IRC) dans le cadre du nouveau schéma régional d'organisation sanitaire (SROS-3), la Polyclinique de Savoie a effectué auprès de l'agence régionale d'hospitalisation de Rhône Alpes (ARH-RA) une demande d'autorisation d'exercice de l'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique pour le bassin hospitalier de Haute Savoie nord (bassin n°13).
3. Dans ce secteur géographique, les différentes modalités de l'offre de traitement de l'IRC étaient jusque là couvertes de manière complémentaire et partenariale par deux établissements de santé : l'AURAL (secteur privé associatif) et les Hôpitaux du Léman (secteur public hospitalier).
4. En 2007, l'ARH-RA a autorisé l'AURAL et les Hôpitaux du Léman, auxquels s'est joint un autre partenaire public (le Centre Hospitalier Intercommunal d'Annemasse-Bonneville ou CHIAB), à poursuivre l'exercice de leur activité, tout en leur octroyant de nouvelles autorisations d'exercice prévues par le SROS. En revanche, la demande d'autorisation présentée par la Polyclinique de Savoie a été rejetée par l'administration parce que non conforme au SROS.
5. La saisissante impute à l'AURAL l'impossibilité de pénétrer le marché du traitement de l'IRC sur le bassin concerné. Elle s'estime victime de la part de l'AURAL de pratiques de verrouillage de l'accès au marché de l'offre de traitement de l'IRC, consistant en un refus d'une convention de coopération pour l'autodialyse, qui lui aurait permis de présenter une demande couvrant les seules modalités de traitement de l'IRC non saturées par l'offre existante.
6. Elle se fonde sur l'obligation légale qu'a chaque demandeur d'autorisation, dans un bassin hospitalier donné, d'exercer en propre ou par convention de coopération passée avec d'autres établissements de santé au moins trois des quatre modalités réglementaires de traitement de l'IRC. En l'espèce, l'AURAL était détentrice exclusive, pour le bassin visé, de l'autorisation d'exercer l'une des trois modalités obligatoires de traitement de l'IRC (autodialyse), ce qui pouvait la mettre en situation de fermer ou d'autoriser l'accès du marché local à d'autres opérateurs. L'exclusivité pour l'autodialyse qui lui était conférée par l'ARH aurait eu l'effet d'une barrière à l'entrée.
7. Selon la saisissante, cette pratique de verrouillage de l'accès au marché local du traitement de l'IRC serait constitutive d'un abus de position dominante de l'AURAL à raison de son monopole en matière de traitement en unités d'autodialyse. A défaut, l'association serait, du fait de son exclusivité, détentrice d'une facilité essentielle dont elle aurait refusé l'accès à la Polyclinique afin de favoriser le partenaire de son choix.
8. Ensuite, la pratique révélerait une entente sous l'égide de l'ARH-RA, sous couvert de la coopération entre l'AURAL et ses partenaires publics, dont l'objet serait de fermer l'accès du marché aux opérateurs privés.

9. Enfin, par son refus de conventionnement, l'AURAL commettrait un abus de dépendance économique à l'égard de la Polyclinique de Savoie.

I. Constatations

A. L'ACTIVITÉ ET LES ENTREPRISES EN CAUSE

1. NOTION D'INSUFFISANCE RÉNALE CHRONIQUE (IRC)

10. L'insuffisance rénale est définie comme une altération de la fonction d'élimination des reins (fonction rénale) dont les causes sont multiples (diabète, obésité, hypertension). Elle peut être soit temporaire et réversible (insuffisance rénale aigüe - IRA) soit définitive (insuffisance rénale chronique - IRC). Elle est dite chronique dès lors qu'elle est présente depuis au moins 3 mois. Lorsqu'elle est majeure ou terminale (IRCT), la survie du malade n'est possible que grâce aux traitements substitutifs (épuration extra rénale-EER, aussi dénommée dialyse) ou à une transplantation rénale (greffe du rein).

2. LES TECHNIQUES DE TRAITEMENT DE L'IRC PAR DIALYSE

11. La dialyse, en se substituant à la fonction rénale, permet d'éliminer les toxines présentes dans le sang que le rein ne parvient plus à filtrer. Il existe deux techniques de dialyse : l'hémodialyse et la dialyse péritonéale.
12. Dans le cas de l'hémodialyse, le sang est purifié en passant à travers un rein artificiel (dialyseur). Cette technique peut être réalisée en centre de dialyse, en unité de dialyse médicalisée, en auto-dialyse ou à domicile. Une personne en hémodialyse suit en moyenne trois séances de plusieurs heures de dialyse par semaine, quelle que soit la structure de soins.
13. La dialyse péritonéale (DP) a recours à un système de filtration similaire à l'hémodialyse, à la différence que le sang est purifié à l'intérieur de l'abdomen à travers le péritoine. La DP est ambulatoire et réalisée de manière quotidienne.

3. LES DIFFÉRENTES MODALITÉS DE L'ACTIVITÉ DE TRAITEMENT DE L'IRC PAR DIALYSE

14. Le décret n° 2002-197 du 23 septembre 2002 relatif aux établissements de santé pratiquant le traitement de l'IRC par épuration extra-rénale définit les différentes modalités de dialyse codifiées aux articles R. 6123-54 à R. 6123-68 du code de la santé publique (CSP).
15. L'activité de traitement de l'IRC par dialyse est exercée selon quatre modalités visées par l'article R.6123-54 : hémodialyse en centre (1°), hémodialyse en unité de dialyse médicalisée (2°), hémodialyse en unité d'autodialyse simple ou assistée (3°) et dialyse à domicile par hémodialyse ou par dialyse péritonéale (4°).
16. Le centre d'hémodialyse prend en charge des patients traités par hémodialyse périodique, dont l'état de santé nécessite au cours de la séance de traitement la présence permanente du

médecin (art. R. 6123-58). Le centre est situé dans un établissement de santé permettant l'hospitalisation à temps complet du patient (médecine ou chirurgie).

17. L'unité de dialyse médicalisée (UDM) accueille des patients qui nécessitent une présence médicale non continue pendant la séance ou qui ne peuvent ou ne souhaitent pas être pris en charge à domicile ou en unité d'auto dialyse (R. 6123-63).
18. L'hémodialyse en unité d'auto-dialyse (UAD) s'exerce par autodialyse simple ou assistée (R. 6123-65) au profit de patients formés à l'hémodialyse. L'autodialyse simple est proposée aux patients en mesure d'assurer eux-mêmes tous les gestes nécessaires à leur traitement. L'autodialyse assistée concerne les patients qui requièrent l'assistance d'un infirmier pour certains gestes au cours de la séance.
19. L'hémodialyse à domicile (HDD) concerne les patients formés à l'hémodialyse, en mesure d'assurer tous les gestes de la dialyse en présence d'un tiers qui peut leur prêter assistance (R. 6123-66). La dialyse péritonéale (DP) est réalisée à domicile par le patient avec ou sans aide (R. 6123-67).

4. LES OPÉRATEURS EN CAUSE

20. Les Hôpitaux du Léman relèvent du secteur public hospitalier. Ils comprennent dans le bassin de Haute-Savoie Nord, le centre d'hémodialyse d'Évian, ouvert en 1968, ainsi que les établissements de santé de Thonon et d'Évian regroupés en 1998.
21. L'AURAL est un établissement de santé relevant du secteur privé associatif, créé en 1974 sous la forme d'une association à but non lucratif à l'initiative de médecins néphrologues de la région lyonnaise. La vocation initiale de l'AURAL était de permettre aux patients de dialyser à leur domicile en toute autonomie. Puis l'association a évolué pour répondre aux évolutions de la politique de santé et à la typologie des patients, en créant des unités d'autodialyse (depuis 1982), de dialyse médicalisée (depuis 1992) puis un centre d'hémodialyse en 2003. Pour le bassin n° 13, l'AURAL est la seule entité autorisée à l'exercice de l'hémodialyse en unités d'autodialyse (Annemasse créée en 1988 et Thonon-les-Bains créée en 2005).
22. Les deux structures entretiennent sur le bassin hospitalier de Haute-Savoie Nord, « *depuis le milieu des années 1990* », une « *tradition de coopération non formalisée* » qui visait à assurer aux patients la continuité des soins selon les différentes modalités, l'hôpital public assurant le repli des patients de l'AURAL.
23. La Polyclinique de Savoie est un établissement de santé privé exploité sous la forme d'une société anonyme, filiale de la Générale de Santé. Ce groupe, qui comprend 180 établissements réalisant 17 % du chiffre d'affaires de l'hospitalisation privée, est le « *premier groupe privé français de soins et de services à la santé* ». Jusqu'à sa demande d'autorisation pour l'activité de traitement de l'IRC en 2006, elle n'exerçait aucune activité dans ce domaine.

B. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE DES AUTORISATIONS D'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ DE TRAITEMENT DE L'IRC PAR DIALYSE

1. LES OBJECTIFS DU SROS EN MATIÈRE D'INSUFFISANCE RÉNALE CHRONIQUE

a) Le SROS, cadre de la fixation des objectifs quantifiés

24. Le schéma régional d'organisation sanitaire (SROS) met en œuvre la politique de santé publique au niveau de chaque région. Il est arrêté par chacune des agences régionales de l'hospitalisation sur la base d'une évaluation des besoins de santé de la population et de leur évolution, et après une analyse quantitative et qualitative de l'offre de soins existante. Il est réexaminé au moins tous les 5 ans. Le SROS de 3^{ème} génération (SROS-3) a été publié le 15 mars 2006 en ce qui concerne la région Rhône-Alpes.
25. Les ARH ont un rôle prédominant dans la planification de l'offre sanitaire régionale au travers de l'élaboration du SROS. Elles accordent les autorisations d'exercice de certaines activités de santé, dont le traitement de l'IRC, en se fondant sur les implantations définies par le schéma régional par territoire de santé.
26. La prise en charge de l'insuffisance rénale chronique figure parmi une liste de 16 affections devant figurer obligatoirement dans les schémas régionaux d'organisation sanitaires.
27. Le SROS comporte une annexe opposable qui précise les objectifs quantifiés de l'offre de soins par territoire de santé et par activité. Le découpage des territoires de santé varie selon les activités de soins : il est infrarégional dans le cas de l'IRC.
28. Pour l'activité de traitement de l'IRC par épuration extra rénale (EEE), les objectifs quantitatifs sont exprimés par territoire de santé (bassin hospitalier), en nombre d'implantations assurant une activité de soins déterminée (1^{er} alinéa de l'article D. 6121-7), en nombre de patients (f du 3^{ème} alinéa) et éventuellement en temps maximum d'accès à un établissement de santé exerçant une modalité de l'activité de traitement dans un territoire de santé (2^{ème} alinéa).
29. La carte des implantations sur un bassin déterminé est fixée de telle sorte que les patients recensés aient la possibilité d'être dialysés à moins d'une heure de leur domicile s'agissant d'un centre ou d'une UDM, et à moins d'une demi-heure en ce qui concerne une unité d'autodialyse.

b) Les objectifs quantitatifs du volet insuffisance rénale chronique du SROS-3 pour le bassin de Haute-Savoie Nord (n° 13)

30. Dans le cadre du SROS-3, la région Rhône Alpes est structurée en 13 bassins hospitaliers dont le bassin n° 13 qui est constitué de deux zones de soins de proximité (ZSP d'Annemasse et de Thonon).
31. Les objectifs d'implantations figurant dans les annexes opposables du SROS sont déclinés par modalité d'exercice de l'activité de traitement de l'IRC par dialyse, étant précisé que l'activité de dialyse à domicile ne donne pas lieu à des objectifs localisés. Les objectifs en volume projetés pour 2010 sont fixés en nombre de patients par modalité de l'activité de traitement de l'IRC, y compris pour l'activité de dialyse à domicile (HDD). Ces objectifs constituent le cadre de référence quantitatif et géographique des demandes d'autorisation.

32. Le tableau ci-dessous présente pour le bassin de Haute-Savoie Nord les objectifs exprimés en nombre d'implantations et en part relative des patients par modalité :

Tableau n° 1 : objectifs quantitatifs en implantations et en volume

Modalités	Nombre d'implantations	dont ZSP Annemasse / Bonneville	dont ZSP Thonon / Evian	Part relative du nombre de patients
Hémodialyse en centre	2	1	1	45 %
Hémodialyse en unités de dialyse médicalisée (UDM)	2	1	1	25 %
Hémodialyse en Unités d'autodialyse (UAD)	2	1	1	27 %
Hémodialyse à domicile	Sans objet	Sans objet	Sans objet	3 %

2. CONDITIONS DE DÉLIVRANCE AUX ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ DES AUTORISATIONS D'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ DE TRAITEMENT DE L'IRC

a) Une activité soumise à autorisation dans un cadre réglementaire permettant la coopération des établissements de santé

33. En application de l'article R. 6122-25 du code de la santé publique, l'activité de traitement de l'IRC par épuration extra rénale figure parmi les activités de soins soumises à autorisation d'exercice par les agences régionales de l'hospitalisation, en vertu de l'article L. 6122-1 du code de la santé publique.
34. Cette autorisation est accordée (art. L. 6122-2) pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à 5 ans et aux conditions suivantes :
- répondre aux besoins de la population identifiés par le schéma régional d'organisation sanitaire (SROS) ;
 - être compatible avec ce schéma ainsi qu'avec ses annexes ;
 - et satisfaire aux conditions d'implantation et à des conditions techniques de fonctionnement.
35. L'article R. 6123-55 du CSP ajoute aux critères généraux d'autorisation, un critère spécifique lié à l'activité de traitement de l'IRC par épuration extra rénale. Il vise les modalités de traitement, que doit impérativement proposer l'établissement de santé demandeur, parmi les quatre modalités réglementaires prévues par l'article R. 6123-54.
36. Selon l'article R. 6123-55, l'autorisation prévue par l'article L. 6122-1 « *ne peut être délivrée qu'aux établissements de santé traitant de l'IRC par la pratique de l'épuration extra rénale, qui disposent au moins des trois modalités suivantes : hémodialyse en centre, hémodialyse en unité d'autodialyse et dialyse à domicile. Toutefois, à titre dérogatoire, l'autorisation d'exercer cette activité peut être délivrée à un établissement de santé ne disposant pas (de ces trois modalités), s'il a conclu avec un ou plusieurs établissements de santé, ou avec une ou des structures de coopération disposant elles-mêmes d'une ou de plusieurs de ces modalités (lui faisant défaut), une convention de coopération organisant*

la prise en charge des patients. La nature et les modalités de conclusion de cette convention sont déterminées par arrêté du ministre chargé de la santé ».

37. Ces conventions, qui engagent les établissements de santé concernés dans la mise en œuvre des obligations liées à l'activité autorisée, peuvent être des conventions simples, ou donner lieu à la constitution d'un groupement de coopération sanitaire (GCS). Dans ce cas, le groupement peut être un simple GCS de moyens ou être titulaire des autorisations d'activités de soins (GCS établissement de santé).
38. Dans le cadre coopératif, *« les engagements souscrits entre les établissements de santé doivent garantir la continuité des soins, le repli des patients qu'ils prennent en charge ainsi que les modalités d'hospitalisation complète des patients dont l'état de santé le nécessite »*. La collaboration entre les équipes médicales néphrologiques des établissements associés, ainsi que la concertation entre leurs médecins respectifs pour la prise en charge des patients, doivent être formalisées par des protocoles.

b) Organisation de la mise en concurrence par l'ARH

39. Suite à l'adoption le 15 mars 2006 du SROS-3 de la région Rhône-Alpes, les établissements de santé concernés se sont vu ouvrir, par arrêté du 15 mars 2006, une plage de dépôt de 6 mois, comprise entre le 1^{er} avril et le 30 septembre 2006, pour effectuer leur demande d'autorisation. L'ARH disposait jusqu'au 31 mars 2007 pour notifier sa décision. Elle a délibéré sur l'ensemble des demandes d'autorisation le 14 mars 2007 après avoir recueilli l'avis du comité régional de l'organisation sanitaire (avis du CROS de la région Rhône Alpes du 22 février 2007).

c) L'instruction au fond des demandes d'autorisation par l'ARH

40. Le juge administratif considère que l'ARH doit faire une application stricte des conditions d'autorisation fixées par les textes, indépendamment des règles de concurrence auxquelles elle doit néanmoins veiller lors de l'octroi des autorisations. Dans son arrêt du 24 juillet 2009 (Clinique Durieux c/ ARH Réunion-Mayotte), le Conseil d'État a ainsi précisé que *« s'il appartenait à l'ARH, lors de la délivrance des autorisations de création d'une activité de soins de prendre en compte ces règles (les règles de concurrence) et de veiller à ce que la délivrance de l'autorisation n'ait pas pour effet de mettre son titulaire en situation d'y contrevenir, les dispositions précitées du CSP énumèrent de façon précise et limitative l'ensemble des conditions et des critères qui doivent être pris en compte par l'ARH pour délivrer les autorisations de création d'une activité de soins, seuls les projets remplissant l'ensemble de ces conditions et critères pouvant être retenus »*.
41. Les critères de refus d'autorisation par une agence régionale d'hospitalisation sont définis par l'article R. 6122-34. Une autorisation peut être refusée lorsque les besoins de santé définis par le SROS sont déjà satisfaits ou lorsque le projet de l'établissement de santé n'est ni compatible avec les objectifs de ce schéma, ni conforme aux conditions d'implantation des activités de soins.
42. L'absence d'une convention de coopération, qui serait requise par la législation, ne figure pas parmi les causes de refus d'autorisation qui sont strictement énoncées. Elle motive seulement le défaut d'examen, au cours de la fenêtre de dépôt, d'un dossier qui sera considéré comme incomplet.

C. LES FAITS

1. LES DEMANDES D'AUTORISATION DEPOSÉES ET LES DECISIONS RENDUES PAR L'ARH

a) Autorisations existantes et candidatures aux autorisations nouvelles

43. Le tableau n° 2 ci-dessous, précise, pour les deux zones de soins de proximité du bassin n° 13, les autorisations d'exercice des opérateurs sortants à l'ouverture de la plage de dépôt des demandes au 1^{er} avril 2006. Il rappelle les objectifs d'implantation fixés par le SROS-3 pour la période 2006-2010.
44. Le potentiel d'autorisations nouvelles pouvant être accordé par l'ARH-RA concernait donc un centre sur la ZSP d'Annemasse ainsi qu'une unité de dialyse médicalisée par zone, les UDM n'étant pas représentées jusque là dans le bassin.

Tableau n° 2 : opérateurs sortants par modalité d'exercice de l'activité de traitement de l'IRC par dialyse

Bassin Haute-Savoie nord (n° 13)	ZSP Annemasse / Bonneville	ZSP Thonon / Evian	objectifs d'implantation dans le bassin n° 13 (SROS 2006-2010)
Hémodialyse en centre	néant	Hôpitaux du Léman (public)	2
Unités de dialyse médicalisée (UDM)	néant	néant	2
Unités d'autodialyse simple et assistée (UAD)	AURAL (secteur privé non lucratif)	AURAL (secteur privé non lucratif)	2
Dialyse à domicile	AURAL		Sans objet

45. Les opérateurs sortants (AURAL et Hôpitaux du Léman) ont sollicité le renouvellement des autorisations pour les modalités déjà exercées ainsi que des autorisations d'exercice pour les modalités non pourvues, selon la répartition figurant dans le tableau n° 3, ci-dessous. La Polyclinique de Savoie s'est portée candidate à toutes les modalités sur la ZSP d'Annemasse, y compris à celles pour lesquelles une demande de renouvellement était effectuée par les sortants. La mise en concurrence opérée par l'ARH a donc donné lieu à un excédent de demandes d'autorisations par rapport aux objectifs du SROS-3 pour la ZSP d'Annemasse. Ce déséquilibre a amené l'agence à évaluer les différents projets à l'aune des critères règlementaires, afin de sélectionner les entités susceptibles de bénéficier des autorisations.

Tableau n° 3 : candidatures à l'exercice ou à la poursuite de l'activité de traitement de l'IRC par dialyse

Bassin Haute-Savoie nord (n°13)	ZSP Annemasse	ZSP Thonon	objectifs d'implantation dans le bassin n° 13 (SROS 2006-2010)
Hémodialyse en centre	Hôpitaux du Léman Polyclinique de Savoie	Hôpitaux du Léman	2
Unités de dialyse médicalisée (UDM)	AURAL Polyclinique de Savoie	Hôpitaux du Léman	2
Unités d'autodialyse simple et assistée (UAD)	AURAL Polyclinique de Savoie	AURAL	2
Dialyse à domicile	AURAL Polyclinique de Savoie		Sans objet

b) Les opérateurs potentiels du bassin de Haute Savoie nord

◆ Les opérateurs sortants candidats au renouvellement de leurs autorisations et à l'exercice de nouvelles autorisations dans un cadre coopératif

46. Les deux opérateurs sortants, l'AURAL et la Polyclinique de Savoie, ne couvriraient donc, à l'ouverture de la mise en concurrence par l'ARH, qu'une partie des besoins fixés par le SROS-3, celui en UDM n'étant pas couvert et celui en centre ne l'étant que partiellement pour la ZSP de Thonon (cf. tableau n° 2).
47. Suite à l'ouverture de la fenêtre de dépôt des demandes d'autorisations, les opérateurs sortants du bassin de Haute-Savoie nord ont systématiquement demandé le renouvellement de leurs autorisations. Cela visait les deux unités d'autodialyse de l'AURAL, le centre d'hémodialyse des Hôpitaux du Léman situé dans la ZSP de Thonon ainsi que l'autorisation d'hémodialyse à domicile détenue par l'AURAL pour le bassin.
48. En outre, ils se sont portés candidats à l'obtention des nouvelles autorisations découlant du SROS, l'AURAL postulant pour l'UDM à créer sur le site d'Ambilly-Annemasse et les Hôpitaux du Léman visant la création d'un deuxième centre sur ce site et d'une UDM sur le site de Thonon (cf tableau n° 3, infra n° 45).
49. Dans le cadre réglementaire fixé par l'article R. 6123-55, aucun des opérateurs sortants ne pouvait prétendre à l'obtention d'une autorisation pour l'une quelconque des modalités de traitement, dès lors qu'il ne disposait pas en propre des trois modalités réglementaires. L'AURAL et les Hôpitaux du Léman ont donc passé, le 15 septembre 2006, une convention de coopération bilatérale leur permettant d'offrir pour le bassin de Haute-Savoie nord les modalités de traitement complémentaires nécessitées par la réglementation.

50. Cette convention, à caractère transitoire, a été passée dans l'attente de la création du « *GCS dialyse Haute-Savoie nord* » entre les deux signataires de la convention bilatérale et un autre partenaire public, le centre hospitalier d'Annemasse-Bonneville (CHIAB). Ce partenariat permettait de réaliser, sur le site du centre hospitalier intercommunal situé à Ambilly, à la fois le centre d'hémodialyse des Hôpitaux du Léman ainsi que l'UDM créé par l'AURAL. Dans ce dispositif, « *le CHI apportait le terrain pour la future unité de dialyse; il avait un intérêt direct à valoriser son plateau technique, en permettant le développement d'une activité de dialyse sur son site* ». La constitution du GCS permettait ainsi « *de répondre à la totalité des objectifs du SROS, à la fois en améliorant la proximité et en favorisant la prise en charge précoce de l'IRC* ».
51. La convention constitutive du GCS dialyse Haute-Savoie nord, signée le 15 septembre 2006, a été approuvée le 27 mai 2009 par arrêté du directeur de l'ARH-RA.

♦ *La candidature de la Polyclinique de Savoie à l'exercice en propre de la totalité des modalités de traitement sur la zone de Thonon*

52. En septembre 2006, la Polyclinique de Savoie a déposé un dossier de demande d'autorisation d'exercice en propre, hors de toute convention de coopération, des trois modalités qu'elle souhaitait exercer sur son site d'Annemasse (centre, UDM, et autodialyse). Elle a postulé également à l'exercice de l'hémodialyse à domicile (HDD et DP) pour le bassin n°13. Sa demande couvrait donc des modalités pour lesquelles des demandes de renouvellement étaient en cours (autodialyse et hémodialyse à domicile) ainsi que des modalités ouvertes par l'ARH dans la ZSP d'Annemasse (centre et UDM).

c) Les décisions de l'ARH

♦ *Les autorisations accordées*

53. L'ARH a autorisé le 14 mars 2007 (cf. tableau n° 4), les demandes de renouvellement déposées par les Hôpitaux du Léman et par l'AURAL, ainsi que les demandes d'exercice des modalités non pourvues effectuées par ces établissements.
54. L'ARH a considéré que les conditions visées par l'article L. 6122-2 du CSP étaient satisfaites et que la convention de coopération passée entre l'AURAL et les Hôpitaux du Léman permettait d'organiser la continuité des soins et de garantir l'accès des patients à toutes les modalités de l'activité de traitement. Les autorisations ont été accordées pour une durée de 5 ans.
55. Les Hôpitaux du Léman obtiennent, dans le cadre de la convention de coopération du 15 septembre 2006, le renouvellement de leur autorisation pour le centre d'hémodialyse de Thonon, ainsi que les autorisations d'ouverture d'un second centre sur la ZSP d'Annemasse et d'une UDM sur la ZSP de Thonon.
56. L'AURAL obtient également, dans le cadre de la convention de coopération, le renouvellement des autorisations d'exercice de ses deux unités d'autodialyse et des activités d'hémodialyse à domicile et de dialyse péritonéale ainsi que l'autorisation de créer une unité de dialyse médicalisée sur la ZSP d'Annemasse.

Tableau n° 4 : autorisations accordées par l'ARH le 14 mars 2007

Bassin Haute-Savoie nord (n° 13)	ZSP Annemasse	ZSP Thonon	objectifs d'implantation dans le bassin n° 13 (SROS 2006-2010)
Hémodialyse en centre	Hôpitaux du Léman (2007/131) ¹	Hôpitaux du Léman (2007/130)	2
Unités de dialyse médicalisée (UDM)	AURAL (2007/129)	Hôpitaux du Léman (2007/130)	2
Unités d'autodialyse simple et assistée (UAD)	AURAL (2007/129)	AURAL (2007/128)	2
Dialyse à domicile	AURAL (2007/128)		Sans objet

♦ ***Le rejet de la demande d'autorisation de la Polyclinique de Savoie***

57. La commission exécutive de l'ARH-RA a rejeté le 14 mars 2007, par délibération de sa commission exécutive n° 2007/132, la demande d'autorisation présentée par la Polyclinique de Savoie pour les quatre modalités de traitement (centre, UDM, autodialyse, dialyse à domicile). L'agence, se fondant sur les motifs de refus visés à l'article R. 6122-34 du CSP, a considéré :

- que les besoins de santé de la population « *en ce qui concerne les modalités de traitement en unité d'autodialyse (étaient) déjà satisfaits par l'offre existante (de l'AURAL) sur le bassin de Haute-Savoie nord* ». La décision de renouvellement de l'autorisation de l'AURAL pour les deux unités d'autodialyse a donc été implicitement prise en compte à ce stade ;
- que la demande de la Polyclinique n'était pas conforme aux préconisations du SROS en ce qui concerne la répartition des patients entre les différentes modalités de traitement de l'IRC. En particulier, elle surévaluait par rapport aux objectifs en volume la part du traitement en centre et sous-évaluait celle réservée à l'autodialyse : « *une telle répartition représente un déplacement des patients vers le traitement en centre au détriment de l'autodialyse* » ;
- que la demande ne s'inscrivait pas dans la filière néphrologique locale, en liaison avec les Hôpitaux du Léman et l'AURAL, pour l'organisation de la continuité des soins, la complémentarité entre les différentes structures et le repli en hospitalisation. Ce motif de rejet n'emportait pas nécessairement la conclusion d'une convention, dès lors que pouvaient être envisagées d'autres modalités d'insertion dans la filière et qu'en tout état de cause le défaut de convention n'a pas constitué une cause de rejet. Le rapport au CROS du 22 février 2007 précise sans ambiguïté que « *le dossier ne comporte aucune convention de collaboration, étant donné que la clinique dispose en propre de l'ensemble des modalités de traitement nécessaires à une autorisation* » ;
- qu'enfin elle n'était pas techniquement conforme à la réglementation relative aux locaux, s'agissant du traitement simultané dans la même salle des patients relevant du centre et de l'UDM.

58. Par conséquent, le refus « *sans raison valable* » de convention opposé par l'AURAL à la Polyclinique de Savoie, fondement de la pratique anticoncurrentielle alléguée par la plaignante, n'a pas directement pesé sur le rejet de sa demande d'autorisation.

¹ n° de la délibération de l'ARH

59. Le 25 mai 2007, la Polyclinique de Savoie a saisi le ministre en charge de la santé d'un recours ministériel en annulation contre la décision de rejet de l'ARH. Ce recours a fait l'objet d'un rejet implicite.
60. La Polyclinique de Savoie a saisi le 25 janvier 2008 le tribunal administratif de Lyon d'un recours contre la décision d'autorisation n° 2007-130 prise par l'ARH-RA en faveur des Hôpitaux du Léman ainsi que contre la décision n° 2007-132 de rejet de sa demande d'autorisation. Par décision du 13 octobre 2009, le tribunal administratif a débouté la requérante et confirmé le bien-fondé des décisions contestées d'autorisation ou de rejet prises en 2007 par l'ARH-RA, sans avoir à se prononcer sur les aspects concurrentiels soumis à l'Autorité.
61. La juridiction administrative a également considéré que la requérante « *ne démontre pas qu'en rejetant sa demande et en autorisant le projet des Hôpitaux du Léman, l'agence régionale de l'hospitalisation de Rhône-Alpes aurait créé ou conforté une situation anti concurrentielle* ».

2. LA DEMANDE PAR LA POLYCLINIQUE D'UNE CONVENTION A L'AURAL

a) Chronologie du refus de conventionnement

62. Il ressort de la saisine que le dépôt de sa demande d'autorisation par la Polyclinique de Savoie en septembre 2006 précède l'initiative d'une demande de convention à l'AURAL, et le refus de cette dernière.
63. Le 2 février 2007, la Polyclinique de Savoie fait part au directeur général de l'AURAL de son souhait de passer avec l'association une convention de coopération « *afin que (la Polyclinique) puisse s'appuyer au titre (de l'autodialyse et de la dialyse à domicile) sur l'expertise de l'AURAL et sur ses sites de prises en charge existants* ». Au préalable, le directeur de la Polyclinique rappelle que la demande d'autorisation évoquée avec le directeur général de l'AURAL « *au cours de l'été 2006* », a été déposée « *au cours du mois d'août 2006* ».
64. Le 15 février 2007, le président de l'AURAL informe ses partenaires publics de la demande de convention de coopération faite par la Polyclinique et sollicite leur avis « *eu égard à notre projet de constitution d'un GCS Haute-Savoie nord* ».
65. Le 21 février 2007, l'AURAL informe la Polyclinique que pour statuer sur cette demande elle doit prendre l'avis de ses partenaires du groupement de coopération sanitaire (Hôpitaux du Léman et Centre hospitalier intercommunal d'Annemasse-Bonneville).
66. Dans un rapport du 22 février 2007, présenté au comité régional d'organisation sanitaire, la rapporteure du CROS indique que le dossier présenté par la Polyclinique ne nécessite pas de convention de coopération et propose son rejet pour les motifs qui sont repris par l'ARH dans sa délibération du 14 mars 2007 (2007/132).
67. Le 14 mars 2007, le directeur des Hôpitaux du Léman fait savoir à l'AURAL que la demande « *par ailleurs fort tardive* » de la Polyclinique, « *semble aller à l'encontre de notre projet commun de GCS et à la convention que nous avons signée pour la période transitoire* ».
68. A cette date, la demande d'autorisation présentée par la Polyclinique de Savoie est rejetée par délibération de la commission exécutive de l'ARH. L'absence de convention ne figure

pas parmi les motifs de rejet, dès lors qu'une demande d'autorisation déposée en propre pour l'ensemble des modalités rendait une convention de coopération inutile.

69. Le 4 avril 2007, l'AURAL informe la Polyclinique que la convention sollicitée n'est pas envisageable dès lors que les partenaires consultés ont considéré que le projet de coopération n'était pas opportun.
70. Le refus de conventionnement ainsi caractérisé aurait été opposé, selon la saisissante, « *sans raison valable* » par l'AURAL.

b) Portée du refus de conventionnement

♦ Une convention non indispensable pour postuler aux autorisations

71. La Polyclinique était fondée, en application des dispositions de l'article R. 6123-55 du Code de la santé publique, à présenter une candidature non seulement recevable mais aussi opérante en l'absence de toute convention de coopération, dans la mesure où elle présentait en propre les modalités requises par la réglementation.

♦ La responsabilité majeure de la Polyclinique dans la situation invoquée

72. Elle découle d'une demande de convention tardive et formelle, qui n'était pas sous-tendue par un projet médical commun avec l'AURAL.
73. Le directeur général de l'ARH précise ainsi le contexte de la demande de convention, dans une lettre du 1^{er} avril 2011 adressée à l'Autorité : « *la Polyclinique de Savoie aurait pu engager dès fin 2005-début 2006, date à laquelle les données du SROS en cours de finalisation étaient connues, ou du moins pendant la période de dépôt des demandes d'autorisation, des négociations avec l'AURAL pour la répartition de l'activité de traitement de l'IRC sur le bassin de Haute-Savoie Nord. La Polyclinique de Savoie laisse entendre que c'est ce qu'elle a fait avant de déposer son dossier de demande d'autorisation, ce qui lui aurait permis de déposer une demande minimale, n'incluant que les modalités centre et UDM. Or, tel n'est pas le cas. La Polyclinique de Savoie a déposé un dossier complet de demande de traitement de l'IRC au 30 septembre 2006, et face au risque de refus de la part de l'ARH, a sollicité l'AURAL dans un courrier daté du 2 février 2007* ».
74. L'ARH atteste donc que la candidature de la Polyclinique s'inscrivait dans le cadre d'une demande de convention tardive, formulée par crainte du rejet de sa demande d'autorisation, destinée à recentrer son champ sur les seules modalités d'exercice non saturées par l'offre de soins existante (centre et UDM de la ZSP d'Annemasse). Le caractère formel de la recherche d'une convention est renforcé par l'impossibilité pour la saisissante d'établir l'existence du projet médical sous-tendant la demande de convention.

II. Discussion

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

1. SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE À L'ACTIVITÉ DE L'AURAL

75. Selon l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles du titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, « *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 délégation de service public* ».
76. Plus particulièrement, c'est « *l'activité d'offreur sur un marché qu'il convient de prendre en considération pour établir le caractère économique de l'intervention d'un opérateur et lui conférer la qualité d'entreprise* ». Dans son arrêt Fenin du 11 juillet 2006 (C-205/03 P), la CJCE a précisé que « *c'est le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique* » et que « *la notion d'entreprise comprend, dans le contexte du droit communautaire de la concurrence, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ».
77. Dans le cas d'espèce, le statut associatif de l'AURAL et le caractère non lucratif de son activité, ne l'excluent pas du champ d'application du droit de la concurrence, pour autant que cet établissement puisse être considéré comme offrant des services sur un marché.
78. Dans une décision [06-D-36](#), le Conseil de la concurrence a retenu sa compétence pour examiner les pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre par une société civile de moyens exerçant une activité d'imagerie médicale à partir d'une autorisation d'exploiter le seul scanner privé du département de Savoie. Pour motiver sa compétence, le Conseil avait rappelé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 avril 1997, Syndicat des médecins de la Somme, qui a considéré que « *si l'activité professionnelle libérale de soins médicaux a un caractère spécifique en ce que le choix du patient est dicté par des considérations personnelles où l'aspect financier n'est sans doute pas prioritaire, elle n'est pas pour autant exclue du champ d'application du droit de la concurrence dès lors qu'elle s'analyse en une activité de services, permettant la rencontre, moyennant paiement, d'une demande de la part des malades et d'une offre de la part des médecins* ».
79. L'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse exercée par l'AURAL consiste bien en une activité de services permettant la rencontre d'une demande de la part des malades souffrant d'IRC et de l'offre de soins proposée par l'établissement de santé. A ce titre, les règles fixées par le titre II du code de commerce lui sont donc applicables.

2. SUR LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ POUR L'EXAMEN DES PRATIQUES ALLÉGUÉES

80. La pratique décisionnelle de l'Autorité reconnaît sa compétence pour apprécier d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles qui mettraient en cause des opérateurs candidats à une mise en concurrence organisée par l'administration. A contrario, la juridiction administrative est seule compétente pour apprécier la régularité des procédures de sélection des candidats et d'attribution de l'activité par l'administration.

81. L'Autorité de la concurrence a rappelé les principes de répartition de compétence entre la juridiction administrative et l'Autorité dans sa décision n° [09-D-10](#), relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent.
82. S'agissant du « *règlement particulier de l'appel d'offres lancé pour l'attribution de la délégation de service public relative aux liaisons maritimes entre Marseille et la Corse, de même que la dévolution de cette délégation au (ou aux) candidat(s) retenu(s) à l'issue de cet appel d'offres* », il est établi qu'ils « *constituent des actes par lesquels la collectivité territoriale de Corse et l'OTC font usage, pour l'organisation du service public de continuité territoriale entre la Corse et le continent, de prérogatives de puissance publique* ». Il en ressort que « *la légalité de ces actes ne peut être appréciée que par la juridiction administrative* ».
83. En revanche, la décision rappelle qu'il « *est de jurisprudence constante qu'en déposant des offres en réponse à un appel d'offres public, les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par le Conseil de la concurrence et les juridictions judiciaires qui le contrôlent* » dès lors que « *les pratiques en cause ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'a impliqué aucune appréciation de la validité des actes administratifs* ».
84. En l'espèce, il convient donc de distinguer les choix coopératifs effectués par les opérateurs et les décisions par lesquelles l'ARH a choisi d'attribuer aux différents établissements de santé l'exercice des modalités de l'activité de traitement, au vu des critères du code de la santé publique et des objectifs fixés par le SROS.
85. Le fait par l'AURAL de décider de se porter candidate à l'appel d'offres de l'ARH, seule ou en association avec le partenaire de son choix, constitue une activité sans rapport avec les conditions d'autorisation mises en œuvre par l'ARH.
86. Il en résulte que la qualification du refus de conventionnement en tant qu'éventuelle pratique anticoncurrentielle relève de la compétence de l'Autorité.

B. SUR LE MARCHÉ PERTINENT ET LA POSITION DE L'AURAL SUR CE MARCHÉ

87. Selon la saisissante, le comportement de l'AURAL, « *constaté sur le marché du traitement de l'IRC dans le territoire de santé de Haute Savoie nord* », par laquelle elle « *refuse sans raison valable de conclure avec la Polyclinique de Savoie la convention de coopération qui lui permettrait d'obtenir (l'une des) nouvelles autorisations* », serait constitutif d'un abus de position dominante prohibé par le 1^{er} alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce.

1. LE MARCHÉ DE SERVICES

a) Analyse de la plaignante

88. La plaignante considère « *que le marché du traitement de l'IRC est à l'évidence constitué de l'ensemble des modalités de traitement de cette pathologie* », mais s'interroge sur une segmentation « *au niveau de chacune de ces modalités* ».

89. Du côté de l'offre de soins, les différentes modalités de traitement de l'IRC ne seraient en effet pas substituables entre elles, au regard des conditions qui dictent l'orientation des patients vers une modalité plutôt qu'une autre (état de santé plus ou moins dégradé et degré d'autonomie pour accomplir les gestes liés au traitement par dialyse), et en terme d'optimisation des ressources médicales en fonction d'un état donné du patient.
90. La saisissante atténue la portée d'une éventuelle absence de substituabilité en précisant que « *l'orientation des patients est nécessairement limitée par (la structuration réelle) de l'offre de soins* » ; certaines modalités pouvant ne pas être représentées dans un bassin particulier. Dans cette hypothèse, des patients relevant d'une modalité particulière en raison de leur état de santé et de leur degré d'autonomie devraient, en son absence, être réorientés vers une autre modalité par substitution.
91. La Polyclinique estime que la définition du marché pertinent est accessoire, dès lors que le comportement de l'AURAL verrouille l'accès au marché du traitement de l'IRC du bassin de Haute Savoie Nord, à raison de l'exclusivité détenue par cet établissement pour l'exercice de la modalité d'autodialyse. L'exclusivité conférée par l'ARH établirait une barrière à l'entrée sur le marché local du traitement de l'IRC, indépendamment de la configuration retenue pour le marché pertinent.

b) Analyse de l'Autorité de la concurrence

Principes de détermination du marché pertinent dans le secteur de l'offre de soins

92. Le marché se définit comme « *le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres* ».
93. La pratique ministérielle en matière de contrôle des concentrations dans le secteur des établissements de santé a posé le principe d'une absence de segmentation des marchés de l'offre de soins hospitaliers, tempéré par une segmentation envisageable au niveau des spécialités médicales et des pathologies identifiées par l'Assurance maladie.
94. S'agissant des services de santé, le rapport annuel de l'Autorité pour 2008 précise que l'activité hospitalière a fait l'objet de plusieurs décisions ministérielles de concentration concernant des établissements de soins², qui ont conduit à identifier un marché hospitalier global, sans le segmenter selon que l'offre provient d'un hôpital public ou privé, avec ou sans but lucratif, compte tenu de l'identité de leurs missions, de leur soumission commune à l'ARH, d'une prise en charge identique des patients et enfin à terme de la convergence de leurs modes de financement.
95. Dans la décision Médi-Partenaires du 14 novembre 2002, le ministre considère qu'il « *est admis que, bien que de statuts juridiques différents, il n'y a pas lieu de segmenter le marché de l'offre de soins hospitaliers, avec ou sans hébergement, selon que les établissements de santé sont publics, privés à but non lucratif ou privés à but lucratif* ».
96. Toutefois, se fondant notamment sur l'absence de substituabilité entre les spécialités médicales³ de chaque discipline⁴ et sur l'existence de spécialités faisant l'objet d'une

² Décisions du 14 novembre 2002, Médi-Partenaires et du 4 décembre 2003, Capio Santé.

³ Ainsi en médecine, il est possible d'envisager des marchés de l'offre de soins en cardiologie, en pneumologie, en hépato-gastro-entérologie, en médecine générale.

⁴ Disciplines définies par le CSP : médecine, chirurgie, obstétrique, gynécologie obstétrique, psychiatrie, soins de suite ou de réadaptation, soins de longue durée, réanimation.

autorisation d'activité par l'ARH, le ministre admet « *qu'il est possible d'envisager une définition des différents marchés de services de soins comme autant de spécialités médicales dispensées* ». Il considère que « *l'évolution actuelle du système de santé en France pourrait également conduire à une segmentation plus fine des marchés de l'offre de soins hospitaliers publics et privés, avec ou sans hébergement, (qui) pourrait alors se décomposer en autant de marchés qu'il y a de pathologies telles que définies par le nouveau mode de financement en projet* ». L'évolution du système de santé qui est ici envisagée est celle de la tarification à la pathologie qui consiste à rémunérer les établissements de santé, publics et privés, « *sur une base forfaitaire donnée pour chaque pathologie multipliée par le nombre de prises en charge de ces pathologies effectuées* ».

Délimitation du marché pertinent au cas d'espèce : marché de modalités ou marché global de l'offre de soins pour le traitement de l'IRC

97. Le traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse constitue un marché de services au sens de la pratique ministérielle en matière de concentration, dès lors qu'il peut s'identifier à la spécialité médicale correspondante, qui n'est pas substituable aux spécialités de chaque discipline distinguée par le code de la santé.
98. La tarification forfaitaire à la pathologie, conduisant à décomposer l'offre de soins hospitaliers en autant de marchés qu'il y a de pathologies, permet également d'identifier un marché du traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extra rénale.
99. Il convient d'apprécier, en se fondant sur la pratique décisionnelle en matière de marché pertinent, si le marché du traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extra-rénale ne peut pas faire l'objet d'une segmentation au niveau des différentes modalités de l'activité de traitement visées par la réglementation (centre, unité de dialyse médicalisée, autodialyse, hémodialyse à domicile et dialyse péritonéale).
100. Pour cette analyse, il est rappelé que « *le marché au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par le prix des autres* »⁵. Il ressort de cette définition que la substituableté entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue pour l'Autorité le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. Néanmoins, une substituableté parfaite entre produits ou services s'observant rarement, l'Autorité considère « *comme substituables et se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* ».
101. Pour apprécier le degré de substituableté de la demande des produits ou des services, qui conditionne leur appartenance au même marché pertinent, l'Autorité recourt à un faisceau d'indices prenant en compte, parmi d'autres critères, l'existence d'une offre et d'une demande, la nature et la fonction du produit, son environnement juridique, et enfin les différences de prix. C'est la convergence de ce faisceau d'indices qui permet de conclure à la substituableté des produits ou des services et à leur éventuelle appartenance à un même marché pertinent.

⁵ Rapport annuel 2001 : étude thématique sur le marché pertinent.

102. La question qui se pose ici est celle de savoir si les modalités de l'activité de traitement de l'IRC par épuration extra rénale sont substituables entre elles et si elles peuvent de ce fait constituer des marchés pertinents autonomes.
103. Or, comme l'indique l'étude thématique de l'Autorité⁶ consacrée à l'analyse des marchés de la santé, les conditions d'exercice de la demande dans ce secteur ne répondent pas toujours aux mécanismes traditionnels relevés sur les marchés concurrentiels. Ainsi, la demande du consommateur final fait la plupart du temps l'objet d'une intermédiation par le prescripteur des soins. Par ailleurs, elle se révèle pour les demandeurs (prescripteurs et patients) peu sensible aux prix en raison de la couverture des coûts par les systèmes d'assurance.
104. Dans ces conditions, la détermination du marché pertinent passe selon l'Autorité par la prise en compte de la caractérisation de la demande et de l'identification de l'usage thérapeutique du bien ou du service, à partir d'une analyse du processus de formation de la demande, des modalités de son financement et des caractéristiques du produit ou du service offert.

Un processus intermédié de formation de la demande, favorisant la substituabilité entre les modalités

105. Dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale chronique, l'asymétrie d'information régissant la relation entre le patient et les structures de l'offre de soins pour le traitement de l'IRC justifie l'intervention du médecin prescripteur pour déterminer la modalité adéquate. Mais la liberté de choix du patient devant être préservée, il en ressort un processus concerté de formation de la demande induisant une relative substituabilité entre les différentes modalités.
106. Il convient de rappeler les différentes options qui s'offrent au malade et à son prescripteur en terme de modalités, ainsi que l'incidence des déterminants du choix sur le degré de substituabilité entre modalités.

◆ Les options en terme de modalités

107. Les options qui se présentent au malade traité pour une insuffisance rénale chronique sont d'abord techniques puisqu'il doit choisir entre l'hémodialyse et la dialyse péritonéale. L'éventail des alternatives peut ensuite se décliner selon le lieu du traitement (hémodialyse à domicile ou en structure de soins), selon son contexte plus ou moins médicalisé, et enfin en fonction du besoin d'hospitalisation du malade (traitement en centre ou hors centre). Les options relatives au contexte plus ou moins médicalisé du traitement s'exercent entre l'hémodialyse à domicile, qui suppose l'autonomie complète du malade vis-à-vis de la technique, et le centre, pour lequel sont prévues la présence permanente du médecin et l'hospitalisation éventuelle du malade. Entre ces deux situations, les unités d'autodialyse et de dialyse médicalisées offrent un environnement plus ou moins médicalisé (assistance paramédicale plus ou moins marquée dans le premier cas ou présence discontinue du médecin dans le second), selon l'autonomie du malade par rapport aux gestes techniques de la dialyse.
108. La variété des options qui se présentent aux malades justifie le recours à des facteurs médicaux et extra-médicaux pour exercer à un moment donné le choix d'une modalité. Toutefois, pour un même patient ce choix peut évoluer en fonction de l'aggravation de sa maladie.

⁶ Rapport annuel 2008 pages 112 et suivantes.

◆ L'incidence des déterminants médicaux sur le niveau de substituabilité

109. Les déterminants médicaux du choix d'une modalité de traitement semblent induire une faible substituabilité du point de vue de la demande, dès lors qu'un état de santé donné paraît corrélé à un type de modalité. Cette orientation est néanmoins fortement tempérée par le dialogue qui doit s'instaurer avec le patient à l'occasion des différentes phases de la maladie, par la prise en compte des consignes visant à proposer en priorité le traitement hors centre, et enfin par le comportement des demandeurs au regard de l'éventail disponible de l'offre de soins.
110. Le choix d'une modalité de traitement par dialyse, adaptée à l'état de santé du patient et à son degré d'autonomie dans l'utilisation du dialyseur, relève d'une concertation entre le patient et le médecin néphrologue. Ce choix tient compte « *d'un parcours du patient, (lié) à l'évolution de son état de santé qui se dégrade progressivement, qui va de l'autodialyse au centre en passant par l'unité de dialyse médicalisée* ». Le passage à une modalité de traitement plus contraignante résulte ainsi d'un « *dialogue avec le patient pour lui faire prendre conscience de l'évolution de sa pathologie et discuter avec lui du passage vers un autre type de prise en charge, (médicalement plus encadré)* ».
111. La Haute Autorité de Santé (HAS) introduit une orientation propre au médecin prescripteur qui doit proposer « *en priorité* » la dialyse hors centre. Cette recommandation atteste de manière implicite de la substituabilité du bloc des modalités hors centre avec l'hémodialyse en centre.
112. Sur un plan pratique, la substituabilité du point de vue du demandeur entre les différentes modalités de traitement de l'IRC est bien établie lorsqu'il est confronté avec son médecin traitant à une offre de soins incomplète dans le bassin hospitalier. Dans ce cas, il sera orienté par défaut vers la modalité qui correspond le mieux à son état de santé et à son degré d'autonomie, dans le cadre d'une optimisation de l'offre de soins localement disponible. Cette substituabilité par défaut de l'offre est attestée par une faible mobilité des patients entre bassins hospitaliers, qui traduit la préférence du patient pour la proximité de la modalité plutôt que pour sa parfaite adaptation.

◆ L'incidence des déterminants extra-médicaux

113. Les déterminants extra-médicaux du choix induisent la substituabilité des modalités de traitement du point de vue de la demande.
114. Dans le processus de formation de la demande, le patient conserve en effet une faculté de choix de la modalité de traitement, guidée par l'appréciation personnelle de son degré d'autonomie dans l'utilisation du matériel de dialyse. Il s'agit, d'une part, de l'autonomie par rapport aux gestes de la dialyse pour un patient préalablement formé, et d'autre part, de l'autonomie vis-à-vis d'un tiers qui peut être le personnel médical et paramédical ou une tierce personne sans formation médicale.
115. La HAS n'envisage en aucune manière un choix arbitraire qui ne serait que celui du prescripteur et qui n'intégrerait que des facteurs médicaux. En indiquant que « *le choix repose sur les souhaits du patient* », elle vise sans ambiguïté les options qui se présentent à lui en terme de techniques et de contexte médical du traitement (hors centre ou en centre), ainsi que les facteurs extra-médicaux (sphère privée) qui devront être pris en compte pour l'exercer (situation socioprofessionnelle et familiale, lieu de résidence, contexte culturel).
116. En définitive, le processus de formation de la demande conduisant à retenir l'une des deux techniques de dialyse (hémodialyse ou dialyse péritonéale), puis l'une des modalités de l'activité de traitement de l'IRC dans le cas de l'hémodialyse, préserve de manière

effective le principe de liberté de choix du patient et contribue à la substituabilité des modalités du point de vue de la demande.

117. Dans ses observations à la proposition de non-lieu, la saisissante considère que le choix de la modalité de traitement n'appartient qu'au seul prescripteur, en fonction de l'état de santé du patient et de son autonomie par rapport au dialyseur.
118. Or, le processus de formation de la demande conduisant à retenir l'une des deux techniques de dialyse (hémodialyse ou dialyse péritonéale), puis l'une des modalités de traitement de l'IRC dans le cas de l'hémodialyse, préserve de manière effective le principe de liberté de choix du patient, nonobstant l'orientation par le prescripteur vers une modalité adaptée. La HAS, en indiquant que « *le choix repose sur les souhaits du patient* » vise sans ambiguïté les options qui se présentent à lui en termes de techniques et de contexte médical du traitement, ainsi que les facteurs extra-médicaux qui devront aussi être pris en compte pour l'exercer. Par conséquent, dans ses recommandations, elle n'envisage en aucune manière le choix arbitraire du prescripteur pour l'une des modalités. Au demeurant, elle introduit une orientation propre au médecin prescripteur qui doit proposer « *en priorité* » la dialyse hors centre, attestant de manière implicite d'une substituabilité du bloc des modalités hors centre avec l'hémodialyse en centre.

Les modalités de financement des besoins de santé

119. L'étude thématique 2008 précise que « *du point de vue de la demande, la substituabilité des produits ou des services peut aussi être affectée par les modalités de remboursement* ». Par la différenciation du niveau de remboursement, les patients « *sont censés retrouver les incitations économiques nécessaires à la réalisation d'arbitrages concurrentiels* » entre produits et services de santé.
120. Dans une décision Ciba Geigy / Sandoz du 17 juillet 1996, la Commission indique que l'on peut distinguer les médicaments « *qui sont remboursés en totalité ou en partie par les systèmes d'assurance maladie de ceux qui ne le sont pas* ». De même dans un avis n° 08-A-23, le Conseil de la concurrence a considéré que « *l'offre d'un taxi non conventionné effectuant le transport de malade assis et n'ouvrant pas droit, pour le patient au système du tiers payant, ne sera pas ou faiblement substituable à un taxi qui en bénéficie* ».
121. En l'espèce, l'insuffisance rénale chronique figure sous l'intitulé « *néphropathie chronique grave* » sur la liste établie par décret des 30 affections de longue durée (ALD 30) prises en charge à 100 % par la caisse d'assurance maladie. Cette couverture complète pour le patient est indépendante de la modalité de traitement de la pathologie et vise outre la dialyse proprement dite l'ensemble des soins induits par la maladie (« *consultations, examens sanguins et radiologiques* »).
122. L'homogénéité du niveau de remboursement ne contribue donc pas, au sens de la pratique décisionnelle, à une différenciation par les prix des modalités de traitement de l'IRC. Elle favorise leur substituabilité du point de vue de la demande et contribue à les placer sur le même marché global.

Les caractéristiques du service offert

123. La pratique décisionnelle de l'Autorité pour définir les marchés pertinents du secteur de la santé l'a conduite à segmenter le marché de l'accès aux équipements lourds, en distinguant IRM et scanners, en raison de la différence de fonction des deux équipements pour traiter certaines pathologies (décision n° [06-D-36](#)). Cette différenciation induit l'existence de

deux marchés en raison d'une absence de substituabilité des deux équipements du point de vue du radiologue utilisateur.

124. Dans le cas des médicaments, les différences thérapeutiques constituent un critère de différenciation (avis n° [05-A-01](#)). La jurisprudence fournit des indications relatives aux critères à prendre en compte : propriétés pharmacologiques (Cass. Com, 15 juin 1999, société Lilly), niveau de classification OMS « *anatomique, thérapeutique et chimique, dit ATC* » (décision de la Commission du 17 juillet 1996), étant précisé que les propriétés chimiques ne sauraient constituer le seul critère de détermination du marché pertinent. La cour d'appel de Paris a rappelé dans son arrêt du 6 mai 1997, Lilly France, que « *l'interchangeabilité des produits ne dépend pas fondamentalement de leur identité physique ou chimique mais de leur interchangeabilité fonctionnelle du point de vue du dispensateur* ».
125. Malgré la spécificité des marchés de santé, traduite notamment par le fait que « *la demande répond aux prescriptions médicales, ce qui la rend captive et insensible aux prix* », le niveau du prix de vente du médicament peut être un indice pour la délimitation du marché, notamment lorsque ces prix sont libres (cf. décision n° [96-D-12](#) dans le cadre de médicaments vendus en milieu hospitalier). Dans une décision du 15 juin 2005, Astra Zeneca, la Commission a aussi tenu compte « *du facteur prix pour délimiter le marché d'un médicament remboursable alors même qu'existe une fixation nationale du prix* ».
126. On appliquera ces critères jurisprudentiels de différenciation de l'offre aux modalités de l'activité de traitement de l'insuffisance rénale chronique.

◆ Sur la différenciation fonctionnelle des modalités de traitement de l'IRC

127. Quelle que soit la technique adoptée, il y a bien identité fonctionnelle des différentes modalités de traitement pour suppléer la fonction rénale. Par ailleurs, la technique et le vecteur de la dialyse (dialyseur) sont identiques s'agissant du traitement en centre, en unité de dialyse médicalisée ou en unité d'autodialyse.
128. La différenciation des quatre modalités porte en fait sur le degré de présence médicale, sur le niveau de proximité des possibilités de repli hospitalier, et sur la densité des patients par poste. La configuration différenciée du plateau technique qui en résulte n'affecte toutefois pas l'objectif commun de suppléer une fonction rénale devenue défaillante à ce stade de la maladie. Elle le favorise par recherche de la meilleure adéquation à l'état de santé et au degré d'autonomie du patient.
129. En définitive, les différentes modalités sont interchangeables d'un point de vue fonctionnel.

◆ Sur la différenciation thérapeutique des modalités de traitement

130. Il n'y a pas de différence thérapeutique significative entre les différentes modalités de traitement de l'IRC, qui contribuent toutes au traitement par épuration extra rénale de l'insuffisance rénale chronique terminale (IRCT), au 5^{ème} stade de cette maladie (traitement de suppléance de la fonction rénale par épuration extra rénale). Ces différents stades sont déterminés sur la base d'une classification⁷ de l'insuffisance rénale en fonction du débit de filtration du sang par le rein (DFG) : au stade 5, qui est le dernier d'une échelle allant de 1 à 5, le DFG est inférieur à 15 ml/mn. En termes d'indication thérapeutique, les différentes modalités de l'activité de traitement de l'IRC par dialyse relèvent toutes du même degré d'évolution de la maladie en raison du niveau du débit de filtration du sang dans le rein.

⁷ Classification de la National Kidney Foundation citée par la HAS.

131. Dans ses observations à la proposition de non-lieu, la saisissante conteste l'opposabilité de la classification établie par la National Kidney Foundation pour déterminer le caractère substituable des modalités de traitement, en se fondant sur une pratique de l'Autorité en matière de marché du médicament, qui écarterait toute référence à la classification thérapeutique de l'OMS (classification ATC).
132. Ce rappel de la méthodologie de l'Autorité est inexact. L'étude thématique de 2008 précise au contraire que « *cette classification (ATC établie par l'OMS) constitue un guide d'analyse pour l'Autorité de la concurrence, mais ne constitue pas en elle-même, selon l'OMS, un système approprié pour guider les décisions concernant (...) la substitution thérapeutique* ». La réserve de l'OMS au regard de cette classification vise simplement l'arbitrage du praticien dans la décision d'administrer des médicaments relevant d'un même niveau de classification, qui ne saurait se limiter à un même positionnement dans la nomenclature. Ce type de classification, à laquelle on peut rattacher celle de la National Kidney Foundation fournit donc bien une aide pour la définition du marché pertinent.

◆ Sur des modalités imparfaitement substituables selon l'ARH

133. L'ARH admet la substituabilité entre modalités, en mentionnant dans son guide à l'usage des praticiens que « *la dialyse hors centre (autodialyse, dialyse péritonéale et HDD) doit être proposée en priorité* » au patient. Dans une lettre du 3 mai 2011 adressée au service d'instruction, elle a précisé cette orientation de la politique de santé publique: « *L'encadrement médical et paramédical se différencie selon la modalité de traitement utilisée. En conséquence, les modalités ne sont pas parfaitement substituables entre elles, même si l'ARH souhaite une meilleure substituabilité de celles-ci au travers du développement du traitement hors centre* ». Pour le régulateur de l'offre de soins local, il est avéré que les modalités sont bien substituables en dépit d'une substituabilité imparfaite et que la substituabilité entre centre et modalités hors centre constitue un objectif de l'offre de soins. Pour l'Autorité, cette substituabilité imparfaite, dont l'amélioration doit être recherchée, place bien les différentes modalités sur le même marché.

◆ Sur la différenciation tarifaire des modalités

134. Les prestations de dialyse sont prises en charge par l'assurance maladie sur la base de tarifs administrés payés aux établissements de santé. La différenciation de ces tarifs peut constituer un indice pour la délimitation du marché selon la jurisprudence Astra Zeneca citée infra. Le tableau n° 5 qui présente pour l'année des pratiques et l'année en cours les tarifs par modalité, met en évidence l'amplitude des variations tarifaires ainsi que son évolution.

Tableau n° 5 : tarifs forfaitaires pour la prise en charge par la CNAM des séances de dialyse⁸

Modalité	Tarifs 2007 (€)	Variation par tarif croissant	Variation / HDD = base 100
Hémodialyse en centre	291,46	+16,2 %	152,8
Hémodialyse en UDM	250,89	+13,6 %	131,5
Autodialyse assistée	220,95	+2,7 %	115,8
Autodialyse simple	215,20	+12,8 %	112,8
Hémodialyse à domicile (HDD)	190,79	-	100

⁸ Source : annexe VII des arrêtés du 27 février 2007 (tarifs 2007) et du 1^{er} mars 2011 (tarifs 2011).

Modalité	Tarifs 2011 (€)	Variation par tarif croissant	Variation / HDD = base 100
Hémodialyse en centre	285,79	+13 %	140,5
Hémodialyse en UDM	252,96	+9,2 %	124,4
Autodialyse assistée	231,57	+2,7 %	113,9
Autodialyse simple	225,54	+10,9 %	110,9
Hémodialyse à domicile (HDD)	203,35	-	100

135. Dans une étude thématique de son rapport annuel 2001 consacrée au marché pertinent, le Conseil de la concurrence a indiqué qu'un « *écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de non substituabilité entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché* ». Plusieurs décisions du Conseil de la concurrence permettent de préciser l'amplitude de prix qui permet d'établir un écart de prix substantiel présumant d'une non substituabilité des produits. D'une manière générale, ces écarts représentent un multiple du prix de référence. Les écarts attestant d'une absence de substituabilité, traduisant l'appartenance à des marchés distincts, sont variables selon l'activité en cause, par exemple : écart de 1 à 4 dans le secteur de l'agrofourriture (n° [08-D-20](#)), écart de 1 à 3 entre le coût d'utilisation des téléphones fixes et celui des mobiles (n° [04-D-22](#)), variation du prix maximum des nuitées des palaces parisiens, de 2 à 3 fois supérieur à celui de l'hôtellerie de luxe (n° [05-D-64](#)).
136. En l'espèce, tant les écarts de tarifs constatés entre les différentes modalités de traitement de l'IRC prises deux à deux, que l'amplitude des écarts entre la modalité dont le tarif est le plus élevé et celle qui est la moins coûteuse pour l'assurance maladie (52 % en 2007 et 40 % en 2011), ne sauraient suffire à établir une absence de substituabilité du fait de cette différenciation. Le fait que les écarts de prix ne sont pas substantiels et que cette caractéristique s'inscrive dans la durée, constitue un indice supplémentaire d'appartenance des différentes modalités de traitement de l'IRC au même marché pertinent.

Conclusion générale sur le marché de services et l'opposabilité de la définition du marché pertinent par l'ARS

137. En définitive, tant le processus de formation de la demande, que les modalités de financement des besoins de santé et les caractéristiques de l'offre, conduisent à définir un marché pertinent global du traitement de l'IRC par épuration extrarénale. Cette délimitation est corroborée par la pratique décisionnelle en matière de concentration qui envisage l'existence de marchés de services de soins hospitaliers segmentés par spécialités médicales ou par pathologies.
138. Dans ses observations à la proposition de non-lieu, la saisissante rappelle que cette définition du marché pertinent s'écarte de la position de l'ARS, selon laquelle « *le marché pertinent est celui propre à chaque modalité de traitement* ».
139. L'Autorité n'est pas tenue par la définition du marché communiquée par l'ARS. C'est son rôle même de définir, au cas d'espèce, le marché pertinent pour apprécier les pratiques relevées au regard des règles du droit de la concurrence. La définition du marché relève bien de l'office de l'Autorité et se fait en fonction de considérations objectives. Ainsi, comme le rappelle la Polyclinique, se référant à la décision n° [06-D-36](#), l'Autorité n'est pas tenue pour la délimitation du marché géographique par les règles de planification sanitaire régionale. Elle s'attache « *à vérifier concrètement que (les territoires définis par le SROS) sont bien pertinents au regard des pratiques et des flux des patients* ».
140. Au demeurant, la position de l'ARS n'est pas contradictoire avec celle défendue par la proposition de non-lieu dès lors qu'en admettant que « *les modalités ne sont pas*

parfaitement substituables entre elles », elle reconnaît implicitement qu'elles appartiennent au même marché pertinent. L'ARS, en s'inscrivant dans une stratégie de « *meilleure substituabilité au travers du développement du traitement hors centre* », confirme la substituabilité entre les modalités les plus médicalisées et les autres, ainsi que celle des modalités hors centre entre elles.

2. LE MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

a) Analyse de la plaignante

141. La plaignante, tout en admettant que l'Autorité n'est pas liée par la planification territoriale de l'offre de soins pour définir le marché géographique, considère que dans le cas de la planification sanitaire régionale, « *les conditions d'élaboration du SROS et la méthodologie présidant à la définition des territoires de santé laissent à penser que ces territoires constituent géographiquement les marchés pertinents du traitement de l'IRC* ». En conséquence, elle estime qu'il est possible de « *définir les territoires de santé du SROS comme les zones géographiques du marché pertinent du traitement de l'IRC* ».
142. En l'espèce le marché géographique serait constitué par le bassin hospitalier de Haute Savoie nord (secteur n° 13 du SROS), qui est l'un des 13 bassins de la région Rhône-Alpes identifiés par le SROS.
143. In fine, la Polyclinique « *estime que le marché pertinent dans le cadre duquel les pratiques de l'AURAL devront être examinées est celui du traitement de l'IRC dans le territoire de Haute-Savoie nord (secteur n° 13 du SROS)* ».

b) Analyse de l'Autorité

144. Se fondant sur le découpage géographique de la carte sanitaire, variable selon l'activité de soins, le ministre a précisé que « *les marchés de l'offre de soins hospitaliers ou en établissements de santé publics et privés, avec ou sans hébergement, sont donc, à quelques rares exceptions près, des marchés locaux, au plus régionaux. Le périmètre de ce marché local est fonction du marché de l'offre de soins étudié* ».
145. La délimitation locale du marché a été précisée par la pratique décisionnelle à propos d'équipements médicaux soumis à autorisation. Dans une affaire n° [10-D-25](#), relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM du centre hospitalier d'Arcachon, l'Autorité a considéré que le marché géographique pertinent, tant pour les examens d'IRM que de scanner, est susceptible de couvrir le territoire intermédiaire d'Arcachon, comprenant trois territoires de proximité, mais non l'agglomération de Bordeaux qui constitue un bassin d'hospitalisation différent. Cette dimension locale, ramenée au bassin hospitalier, avait déjà été affirmée par le Conseil (n° [06-D-36](#)) dans le secteur de l'accès des médecins à des dispositifs médicaux, tels des scanners ou IRM, le marché géographique correspondant respectivement à l'un des bassins de santé du département ou au département.
146. Dans le cas d'espèce du traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse, il semble établi que le marché pertinent géographique soit de dimension locale et qu'il ait pour cadre le bassin hospitalier de Haute-Savoie nord (bassin n° 13 de la région Rhône-Alpes), composé des zones de soins de proximité d'Annemasse et de Thonon. La question de l'élargissement du marché aux bassins limitrophes ne semble pas devoir se poser en raison

d'une forte étanchéité de l'offre de soins pour les patients atteints d'insuffisance rénale chronique.

147. En définitive, il convient de retenir comme marché pertinent le marché du traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extra-rénale sur le bassin hospitalier de Haute-Savoie nord.

3. SUR LA POSITION DE L'AURAL SUR LE MARCHÉ PERTINENT

a) Analyse de la plaignante

148. L'AURAL disposerait pour le bassin de Haute-Savoie nord d'un monopole de fait, stable et pérenne, sur le segment de marché de l'autodialyse, qui lui permettrait, du fait de la réglementation, d'empêcher un tiers d'entrer sur le marché du traitement de l'IRC. Cette situation de monopole de fait découlerait du fait que l'ARH considère que la demande de traitement par autodialyse est pleinement satisfaite par l'offre de soins actuel. Sa pérennité tiendrait à ce que l'ARH n'envisage pas de révision prochaine de l'offre de soins pour le bassin n° 13.

b) Analyse de l'Autorité

149. Il convient d'apprécier la position de l'AURAL sur le marché pertinent défini comme le marché du traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extra-rénale sur le bassin hospitalier de Haute-Savoie nord.
150. La configuration de marché qui sert ici de référence est celle constatée au moment des pratiques alléguées, lorsque celui-ci était partagé entre deux opérateurs, l'un étant autorisé pour l'autodialyse et l'hémodialyse à domicile (AURAL), l'autre l'étant pour l'hémodialyse en centre (Hôpitaux du Léman).
151. La part de marché en volume est déterminée à partir de la répartition par modalité de traitement du nombre de patients dialysés. Le tableau n° 6 présente ces données pour le bassin de Haute-Savoie Nord, au 31 décembre 2006⁹.

Tableau n° 6 : parts de marché en volume des différentes modalités au 31/12/2006

Modalités	Nombre de patients au 31/12/2006 (bassin n°13)	en %
Centre	56	54,4
Autodialyse	44	42,7
Dialyse péritonéale	3	2,9
Total	103	100

152. Dès lors qu'en 2007, l'AURAL était le seul établissement de santé à offrir sur ce bassin l'auto-dialyse et la dialyse péritonéale, et qu'elle n'est pas présente sur le segment « centre », sa part de marché en volume se confond avec la part des patients soignés selon ces modalités, soit 45,6 % (44 % hors dialyse péritonéale). La part de marché en valeur tient compte du nombre de séances par modalités ainsi que des tarifs pratiqués. Dans la mesure où la part relative des patients et celle des séances sont fortement corrélées, la part de marché en valeur est principalement affectée par le différentiel en prix entre centre et

⁹ source : actualisation de l'enquête patients SROS-IRC de juin 2003 par l'ARS-RA.

autodialyse (+31,9 % en faveur de l'hémodialyse en centre). Cet écart tend à minorer la part de marché en valeur de l'AURAL (37 % hors dialyse péritonéale) par rapport à celle exprimée en volumes. La position dominante de l'AURAL ne saurait donc être caractérisée sur le marché pertinent, quelle que soit la part de marché prise en compte. L'opérateur qui est en position dominante est en réalité les Hôpitaux du Léman avec 56 % des parts de marché en volume et 63 % en valeur.

153. Par ailleurs, l'AURAL ne dispose pas d'un véritable pouvoir de marché, puisqu'elle a dû se plier à une mise en concurrence pour les autorisations d'exercice de l'autodialyse et de l'hémodialyse à domicile dans le cadre de la remise à plat opérée par l'ARH, qu'elle a dû bâtir un partenariat avec les HDL et le CHIAB et qu'enfin, elle ne s'est pas octroyé la modalité à laquelle elle aurait pu prétendre seule (centre de la ZSP d'Annemasse).
154. Pour ces motifs, la position dominante de l'AURAL sur le marché du traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extra-rénale sur le bassin hospitalier de Haute-Savoie nord n'est pas établie.

C. SUR LES PRATIQUES ALLEGUÉES

1. SUR UN ABUS DE POSITION DOMINANTE PAR REFUS DE L'AURAL DE CONTRACTER

155. Dans la mesure où la position dominante de l'AURAL n'est pas établie sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'en rechercher l'éventuel abus et donc de qualifier les pratiques alléguées par la saisissante au regard du 1^{er} alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce.

2. SUR LA DÉTENTION PAR L'AURAL D'UNE FACILITÉ ESSENTIELLE

156. La saisissante considère que l'AURAL dispose, au travers de l'exercice exclusif de l'autodialyse sur le marché pertinent, de la maîtrise d'une infrastructure essentielle dont l'accès, refusé à la Polyclinique sous la forme du refus de convention, l'aurait empêché d'accéder aux autres segments du marché.
157. Dans son avis n° [04-A-01](#) du 8 janvier 2004, le Conseil de la concurrence a qualifié de facilité essentielle la boucle locale de télécommunications en posant les critères suivants : 1) l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; 2) l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ; 3) l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; 4) l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; 5) l'accès à l'infrastructure est possible.
158. Ces critères ont été confirmés par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 (décision n° [03-MC-04](#)), relatif au logiciel Presse 2000 créé et exploité par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP). La Cour a considéré, dans la mesure où le demandeur d'accès (les Messageries Lyonnaises de Presse ou MLP) « *avait admis devant le Conseil être en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel*

équivalent », qu'il ne pouvait être constaté « *que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP* ».

159. La théorie des infrastructures essentielles, qui suppose l'application cumulative des critères retenus par la jurisprudence, n'est pas applicable au cas d'espèce dès lors qu'il n'est pas établi que l'AURAL est en situation de monopole ou dispose d'une position dominante sur le bassin n° 13.

3. L'ABUS PAR L'AURAL DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DE LA POLYCLINIQUE DE SAVOIE

160. En l'absence de liens contractuels de type commercial entre l'AURAL et la Polyclinique, requis par le code de commerce pour fonder un abus de dépendance économique, la saisissante propose à l'Autorité de faire évoluer sa pratique décisionnelle, en considérant qu'un « *monopoleur qui ne justifie pas objectivement des pratiques qui l'amènent à priver un tiers de l'accès à un autre marché abuse nécessairement d'une dépendance économique résultant de la loi, des règlements et des décisions prises pour leur application* ».
161. Aux termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce « *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, 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. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6* ». L'application de ces dispositions suppose d'abord d'établir un état de dépendance économique entre entreprises engagées commercialement.
162. En l'espèce, le refus de conventionnement de la Polyclinique par l'AURAL pour l'autodialyse ne saurait être qualifié au titre de l'abus de dépendance économique, dès lors que le code de commerce réserve expressément cette qualification aux entreprises entretenant des relations contractuelles de type commercial. Or, l'AURAL et la Polyclinique n'entretiennent aucune relation de fournisseur à client dans le secteur du traitement de l'IRC, et n'ont d'ailleurs aucune vocation à le faire, y compris sous couvert d'un éventuel conventionnement. Celui-ci vise en effet à assurer la complémentarité de l'offre de soins indépendamment de toute relation de type commercial au sens du 2^{ème} alinéa de l'article L. 420-2.
163. Il n'y a donc pas lieu de décliner au cas d'espèce les critères de l'état de dépendance économique, d'autant que l'abus n'est manifestement pas caractérisé au titre du 1^{er} alinéa de l'article L. 420-1.

4. LES PRATIQUES CONSTITUTIVES D'UNE ENTENTE ENTRE L'AURAL ET SES MEMBRES

164. Le refus non motivé de conclure avec la Polyclinique de Savoie la convention de coopération qui lui aurait permis d'obtenir l'une des nouvelles autorisations, résulterait, selon la plaignante, d'une action concertée entre l'AURAL et le secteur public hospitalier régional, représenté par les membres de l'association, visant à écarter un établissement de santé concurrent de la possibilité d'obtenir une des nouvelles autorisations. Cette pratique serait prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

165. L'affirmation d'une action concertée des membres de l'AURAL visant à écarter la Polyclinique n'est pas recevable dès lors que la saisissante n'apporte aucun commencement de preuve à l'appui. Elle indique d'ailleurs, dans son audition du 12 avril 2011, à propos d'une éventuelle action concertée des membres de l'AURAL, « *qu'il y avait une forme de confusion entre les intérêts des hôpitaux publics et l'AURAL (...) qui laisse ouverte la possibilité d'une entente anticoncurrentielle (...), sans pour autant que le plaignant soit en mesure d'apporter plus d'éléments que la simple constatation des liens existants entre l'AURAL et les structures hospitalières publiques* ».
166. Au vu de ces éléments, aucune pratique d'entente caractérisée par un accord de volonté ne peut donc être retenue à l'encontre de l'association et de ses partenaires.
167. Au surplus, la saisissante a déclaré en séance qu'elle retirait ses allégations d'abus de dépendance économique et d'entente entre les opérateurs publics du secteur.

DÉCISION

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure s'agissant des pratiques dénoncées par la saisine.

Délibéré sur le rapport oral de M. Gilles Vaury, rapporteur, et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Anne Perrot vice-présidente, présidente de séance, Mme Carole Xueref, MM. Yves Brissy et Thierry Tuot, membres.

La secrétaire de séance,

Béatrice Déry-Rosot

La présidente de séance,

Anne Perrot