



**Avis n° 04-A-02 du 16 janvier 2004  
relatif à une saisine de la Fédération de l'hospitalisation privée**

---

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre du 18 décembre 2001, enregistrée sous le numéro A 350, par laquelle la Fédération de l'hospitalisation privée (FHP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 pris pour son application ;

La rapporteure, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 26 novembre 2003 ;

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

1. La Fédération de l'hospitalisation privée (FHP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative au fonctionnement des marchés des dispositifs médicaux. Elle expose que les établissements de soins privés, dont elle représente les intérêts, procèdent à des appels d'offres pour l'achat de dispositifs médicaux, d'équipements techniques ou d'autres biens entrant dans la réalisation des soins. Or, s'agissant plus particulièrement des dispositifs médicaux, il est apparu, en phase de dépouillement des offres, que celles-ci présentaient deux caractéristiques : d'une part, une différence significative pour un même fournisseur entre le prix proposé aux établissements de soins privés et celui proposé aux établissements publics et, d'autre part, une similarité des prix proposés pour une même famille d'articles, quel que soit le fournisseur.
2. Estimant ces comportements discriminatoires et laissant suspecter une entente entre fournisseurs, la FHP considère qu'ils causent un préjudice direct important à ses adhérents, qui se trouvent dans l'impossibilité de bénéficier des régulations résultant du jeu normal de la concurrence dans le cadre d'appels d'offre et ne peuvent bénéficier d'une négociation du prix de leurs fournitures. Elle demande, en conséquence, au Conseil de la concurrence de procéder à un examen de la situation de la concurrence dans le secteur des dispositifs médicaux, afin de déterminer si les mécanismes du jeu de la concurrence se trouvent ou non affectés, voire faussés.
3. Le Conseil de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis présentée sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, de qualifier des pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 dudit code ou des articles 81 ou 82 du traité de Rome. Seule une saisine contentieuse, donnant lieu à une procédure pleinement contradictoire, conformément aux dispositions du titre VI du livre IV du code de commerce, serait de nature à conduire à une appréciation de la licéité des pratiques qui auraient pu être constatées, au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante ou de dépendance économique. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que le Conseil réponde à une demande d'avis soulevant des questions de concurrence si celles-ci ont un caractère de généralité suffisant.

## I. - Le contexte législatif et réglementaire

4. Les dispositifs médicaux sont définis à l'article L. 5211-1 du code de la santé publique qui prévoit : *"On entend par dispositif médical tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels intervenant dans son fonctionnement, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens"*. Ce même article précise que *"les dispositifs médicaux qui sont conçus pour être implantés en totalité ou en partie dans le corps humain ou placés dans un orifice naturel, et qui dépendent pour leur bon fonctionnement d'une source d'énergie électrique ou de toute source d'énergie autre que celle qui est générée directement par le corps humain ou la pesanteur, sont dénommés dispositifs médicaux implantables actifs"*. Par ailleurs, l'article L. 5221-1 donne la définition des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro.
5. Plusieurs directives européennes sont intervenues en la matière, avec pour objet d'harmoniser et d'améliorer le niveau de sécurité auquel doivent répondre les dispositifs médicaux, afin également d'en assurer la libre circulation à l'intérieur du marché commun<sup>1</sup>.
6. Instituant un régime nouveau de fixation des prix et des marges des produits et services pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance maladie, les dispositions de l'article L.162-38 du code de la sécurité sociale, issues de l'article 28 de la loi du 30 juillet 1987, prévoient que : *"Sans préjudice des dispositions du présent code relatives aux conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les professions de santé, les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale peuvent fixer par arrêtés les prix et les marges des produits et les prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Cette fixation tient compte de l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés. Les dispositions du titre VI de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sont applicables aux infractions prévues par ces arrêtés."*
7. Ainsi qu'en a jugé le Conseil d'Etat (CE, M. Lacombe et autres, 12 juin 1992, n° 103794, Rec. p. 230), ces dispositions se substituent, dans leur champ d'application, aux dispositions en matière de prix de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, aujourd'hui codifiée au livre IV du code de commerce. Dans le cadre de ce dispositif, plusieurs arrêtés interministériels sont intervenus pour fixer les prix de divers produits et prestations.
8. Pour être pris en charge par les organismes d'assurance maladie, produits et prestations doivent faire l'objet d'une inscription au tarif interministériel des prestations sanitaires (TIPS), constitué par l'ensemble des arrêtés interministériels qui fixent la liste des appareils et fournitures pouvant être pris en charge, leurs spécifications techniques et les tarifs de responsabilité des organismes d'assurance maladie et du ministère chargé des anciens combattants applicables à ces fournitures et appareils.
9. Ce régime a connu une profonde réforme dans les années récentes, dont la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 (loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999) a posé les principes.
10. Le remboursement par l'assurance maladie des dispositifs médicaux à usage individuel est, aux termes de l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale, issu de ce texte, *"subordonné à*

---

<sup>1</sup> Notamment directives 90/385/CEE du Conseil du 20 juin 1990 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs ; 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux, modifiée ;

*leur inscription sur une liste établie après avis d'une commission dont le secrétariat est assuré par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. L'inscription est effectuée soit par la description générique de tout ou partie du produit concerné, soit sous forme de marque ou de nom commercial. L'inscription sur la liste peut elle-même être subordonnée au respect de spécifications techniques, d'indications thérapeutiques ou diagnostiques et de conditions particulières de prescription et d'utilisation".*

11. Selon l'article L. 165-2 du même code, les tarifs de responsabilité de ces produits sont établis par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale après avis du comité économique des produits de santé. Celui-ci est chargé de proposer les tarifs de responsabilité et les prix des dispositifs médicaux. Il peut, dans ce but, en application des dispositions de l'article L. 165-4, conclure des conventions avec les fournisseurs de ces produits portant sur les volumes des ventes en France et sur le montant de remises accordées aux organismes sociaux. Les organismes d'assurance maladie et les mutuelles peuvent également, sur le fondement de l'article L. 165-6, conclure des accords avec les distributeurs de dispositifs médicaux, à l'échelon national ou local, notamment en ce qui concerne la qualité et les prix maximaux pratiqués, sous réserve que ceux-ci ne fassent pas l'objet d'un arrêté interministériel.
12. S'agissant des dispositifs médicaux, l'article L. 165-7 du même code prévoit que les frais d'acquisition et de renouvellement, pour ceux qui figurent sur une liste fixée par arrêté ministériel, sont remboursés aux établissements de santé privés (à l'exception des établissements à but non lucratif) à concurrence du tarif de responsabilité, sur présentation de la facture.
13. Mais le texte susvisé prévoit également que, lorsque le montant de la facture est inférieur au tarif de responsabilité, le remboursement à l'établissement s'effectue sur la base d'une partie de la somme de ces deux éléments définie par arrêté conjoint des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale.
14. C'est sur le fondement de ces dispositions qu'est intervenu l'arrêté du 6 juillet 2000. Il définit en son article premier les dispositifs médicaux mentionnés à l'article L. 165-7 : sont concernés les dispositifs médicaux implantables, les implants issus de dérivés d'origine humaine ou en comportant, les orthoprothèses, les prothèses oculaires ou faciales, les appareils divers de correction orthopédique et matériaux pour la réalisation d'appareils d'immobilisation, les véhicules pour handicapés physiques et les chaussures orthopédiques.
15. Ce même arrêté fixe le montant du remboursement à la somme du montant de la facture et de 80 % de l'écart entre le tarif de responsabilité et ce montant.
16. En d'autres termes, si le prix du dispositif médical acquis par l'établissement est inférieur au tarif de responsabilité, l'établissement concerné pourra obtenir un remboursement égal au montant de la facture auquel s'ajoutera une somme représentant les quatre cinquièmes de la différence entre le prix du dispositif médical et le tarif de responsabilité. Les organismes gérant l'assurance maladie conservent dans ce cas 20 % de la différence avec le tarif de responsabilité.
17. Ce système a pour objectif d'orienter la demande des établissements vers les dispositifs médicaux dont le prix est inférieur au tarif de responsabilité, dès lors qu'ils bénéficieront dans ce cas d'un remboursement supérieur au prix du dispositif médical qu'ils auront acquis. Il est aussi incitatif pour les fabricants, qui peuvent orienter la demande vers leurs produits, en pratiquant des prix inférieurs au tarif de responsabilité.
18. L'arrêté du 6 juillet 2000 a été attaqué par le Syndicat national des fabricants et des distributeurs en ophtalmologie, par le Syndicat national de l'industrie des technologies médicales ainsi que par la société Norton. Le Conseil d'Etat l'a annulé par une décision du

24 octobre 2001 pour défaut de consultation de la commission des accidents du travail et des maladies professionnelles (CE, 24 octobre 2001, *Syndicat national des fabricants et des distributeurs en ophtalmologie et autres*, n° 223642, 224723, 227320).

19. Le Gouvernement a toutefois souhaité maintenir ce système incitatif et l'arrêté du 29 avril 2002 reprend les mêmes dispositions. Un recours, actuellement pendant devant le Conseil d'Etat, a également été formé contre ce nouvel arrêté.

## **II - Le secteur d'activité concerné**

### **L'offre de produits**

20. L'industrie des technologies médicales recouvre une très grande variété de produits ou instruments, aux fonctions extrêmement variées, qui relèvent de secteurs eux-mêmes très diversifiés. Les statistiques élaborées par le Syndicat national de l'industrie des technologies médicales (SNITEM), qui regroupe 85 % des entreprises du secteur actives en France, sont ainsi organisées autour d'une liste de dix-neuf secteurs, renvoyant soit à des disciplines médicales, soit à des techniques de diagnostic ou de soins, soit à des produits ou matériels.
21. Pour le SNITEM, le marché mondial des dispositifs médicaux peut être évalué à 100 milliards d'euros, la part du marché européen représentant un peu moins d'un tiers de ce marché. Le marché national est évalué à 5 milliards €. Les professionnels soulignent toutefois la prudence avec laquelle doivent être utilisées les statistiques dans ces secteurs d'activité, en raison de la diversité des secteurs concernés, de l'absence de nomenclature internationale ou encore de la complexité des produits et matériels qui rendent la collecte de données difficile et n'autorisent pas les comparaisons. Ils s'accordent, cependant, sur les taux de croissance qu'enregistrent ces marchés, en croissance forte dans les pays en voie de développement, soutenue aux Etats-Unis, moins rapide dans l'Union européenne et au Japon.
22. La Fédération de l'hospitalisation privée adopte une définition de marché plus restreinte, en axant sa demande d'avis sur les implants et prothèses. Elle estime que les marchés concernés avoisinent, en France, un montant global d'environ 700 M€. Ces marchés s'organisent d'abord, pour elle, autour de grandes spécialités médicales : orthopédie, chirurgie cardio-vasculaire, ophtalmologie, sutures internes, notamment.
23. Les professionnels s'accordent sur la structure des marchés des dispositifs médicaux. Il existe quelques grands groupes qui sont présents, par l'intermédiaire de filiales ou de divisions, dans plusieurs spécialités. Tel est, notamment, le cas des sociétés Johnson & Johnson, Medtronic, Merck ou encore B. Braun Medical SA. Johnson & Johnson intervient ainsi, par l'intermédiaire des sociétés Ethicon, dans le domaine des sutures, Cordis en chirurgie cardio-vasculaire, Depuy et Codman en orthopédie. Sur certains segments de marché, des positions prééminentes peuvent être constatées.
24. Mais, dans bien des cas, la structure des marchés apparaît peu concentrée, avec un grand nombre de petites entreprises de production et de distribution. Celles-ci sont souvent positionnées sur des niches technologiques ou géographiques. Le secteur enregistre un double mouvement, de concentration, d'une part, mais aussi de création de nouvelles entreprises, d'autre part, souvent à l'initiative d'un chercheur, propriétaire d'une technologie nouvelle appliquée à une indication thérapeutique ciblée.
25. Cette structure de marché, caractérisée par la présence d'une ou plusieurs filiales de groupes puissants mais aussi de très nombreuses PME, se retrouve dans de nombreuses spécialités. Tel est, en particulier, le cas en ce qui concerne l'orthopédie, qui connaît une sous-segmentation avec, notamment, les prothèses de la hanche et du genou, lesquelles représentent 80 % d'un marché évalué à 275 M€ en 2002, les prothèses de l'épaule, l'ostéosynthèse et le rachis. Si les principaux fournisseurs sont présents sur ces différents segments, il existe aussi un grand

nombre de petites sociétés très spécialisées. Les fournisseurs les plus importants, tous étrangers, sont Sulzer Orthopédie, Biomet Merck, B. Braun, Aesculap, Stryker Howmedica, Smith & Nephew, Depuy, Medtronic Sofamor Danek. Mais quelques sociétés françaises font partie des petites entreprises actives dans cette spécialité : Euros, Fouritures hospitalières, Tornier, Ceraver, Science et Médecine, Amplitude, Groupe Lépine, Collin Orthofix, Scient'X, Serf, Orthomed, Technimed, par exemple.

26. Dans le domaine cardio-vasculaire, plusieurs sous-spécialités peuvent être distinguées : les stimulateurs cardiaques représentent près de 45 % de cette spécialité, les stents (implants vasculaires) 18 %, les sondes de stimulateurs 13 %, les implants de pontage 7 % et les chambres à cathéter 6 %, le reste du marché étant représenté par divers autres matériels. Les entreprises présentes dans la sous-spécialité des stimulateurs cardiaques et de leurs sondes sont les sociétés Guidant, Medtronic, Sorin Biomedica, Biotronic, Saint Jude Médical. Quelques entreprises de taille plus réduite y sont également actives, comme, par exemple, Technopace, Pacesetter, Telectronics, Vitatron, filiale de Johnson & Johnson. Les grandes entreprises sont également présentes dans les *stents*, aux côtés de Cathnet, Boston Scientific, Jomed et de sociétés de moindre importance, telles Datascope, Phytis, Medcare, Spectranetics, Biocompatibles, OptiMed, Orbus, Seaquest ou Devon.
27. En ophtalmologie, les cristallins artificiels représentent 90 % des implants utilisés dans cette spécialité, pour un marché total de 60 M€ Six sociétés dominent le secteur : Alcon, Allergan, Bausch & Lomb, Cornéal, Ioltech. Des entreprises de moindre importance sont également présentes, parmi lesquelles Ciba Vision du groupe Novartis, Staarvision, Humanoptics et plusieurs sociétés françaises : LCA, France Lens, EuroCrystal, Prodis, Servision, Concept Vision, Biotec.
28. La spécialité des sutures internes représente un marché de 75 M€ réparti entre deux grands groupes : Tyco Healthcare et Ethicon, filiale du groupe Johnson & Johnson. Quelques entreprises sont présentes sur des produits "*de niche*", comme Vitalitec ou B. Braun.
29. D'autres spécialités ont vu se développer des produits spécifiques : implants pariétaux, implants digestifs et urogénitaux, implants de chirurgie esthétique, de chirurgie ORL ou maxillo-faciale. Il s'agit donc de marchés fragmentés, d'un montant total d'environ 90 M€ sur lesquels sont actives des sociétés filiales de grands groupes ou des sociétés dont l'objet est très spécialisé.
30. Les principaux fabricants de dispositifs médicaux sont regroupés dans des syndicats professionnels, parmi lesquels, notamment, le SNITEM.

### **La demande**

31. La prescription de mise en place ou d'utilisation d'un dispositif médical appartient au médecin ou chirurgien, qui en choisira le modèle et les caractéristiques. Dans la relation contractuelle qui s'établit entre le praticien et le patient, ce dernier, qui est l'utilisateur final, n'exerce aucun choix et s'en remet au praticien.
32. En vertu du principe de liberté de prescription, qui constitue l'un des principes déontologiques fondamentaux, rappelé par l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale et l'article 8 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, c'est le praticien, médecin ou chirurgien, qui choisit les dispositifs à utiliser.
33. L'acheteur est l'établissement dans lequel exerce le praticien. Il lui appartient de mettre en place les procédures les plus efficaces pour bénéficier de prix les plus compétitifs.
34. Les caisses d'assurance maladie sont *in fine* les financeurs, dès lors qu'elles règlent, pour les établissements privés, les frais d'intervention sur la base d'un état descriptif analytique (le "*bordereau 615*"). Alors que, pour les établissements de santé publics, le financement des

dispositifs médicaux est assuré par la dotation globale de l'établissement, les établissements privés sont remboursés sur la base des frais engagés par intervention. Sont pris en charge par l'assurance maladie : les frais de séjour et de soins rémunérant l'ensemble des frais exposés par l'établissement pour la mise à disposition des moyens techniques, matériels et humains nécessaires à la prise en charge de l'hospitalisation du patient ; les frais de salle d'opération ; les forfaits afférents à la fourniture et à l'administration des médicaments inscrits sur la liste des spécialités pharmaceutiques ; les forfaits afférents au transport du sang.

35. S'agissant des établissements de santé privés, dans la plupart des cas, les dispositifs médicaux sont placés par le fabricant ou le distributeur en dépôt dans l'établissement et ne feront l'objet d'une facturation puis d'un paiement que lorsqu'ils seront posés chez le patient. C'est donc l'établissement qui gère le dépôt d'implants et l'instrumentation. Il passe également les commandes de renouvellement, assure la facturation et gère le dossier de remboursement par l'assurance maladie (notamment établit le bordereau 615), reçoit le règlement et paye le fournisseur.
36. Les marchés des dispositifs médicaux reposent ainsi sur des mécanismes particuliers, qui les apparentent à des marchés de prescription. La personne qui subit l'intervention chirurgicale n'a pas à financer le dispositif médical qui sera pris en charge par l'assurance maladie, et n'a pas non plus été à l'origine du choix de ce matériel, qui est le fait du praticien.
37. Afin d'éviter que le choix du prescripteur ne soit influencé par d'autres éléments que ceux lui permettant d'obtenir le produit le plus adapté au meilleur prix, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social a ajouté un article L. 365-1 au code de la santé publique (devenu l'article L. 4113-6), qui interdit aux membres des professions médicales de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance maladie. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a renforcé cette prohibition en interdisant également aux entreprises en cause de proposer ou procurer de tels avantages. Les infractions à ces dispositions peuvent faire l'objet de sanctions pénales en vertu de l'article L. 4163-2 du code de la santé publique.
38. La demande de dispositifs médicaux s'exprime, notamment, dans le cadre de marchés publics ou de marchés privés passés par les établissements de santé privés afin de susciter des offres plus compétitives. D'un point de vue géographique, ces appels d'offres donnent lieu à des réponses qui, en dépit du chemin parcouru dans l'harmonisation de ces secteurs au niveau européen, émanent le plus souvent d'entreprises nationales, les grands groupes, notamment, étant organisés avec des filiales par pays dans la Communauté européenne. Ces filiales sont alors l'interlocuteur privilégié des acheteurs, qui, selon la FHP, ne parviennent pas à faire jouer la concurrence en faisant appel aux acteurs d'autres marchés en Europe.
39. L'hospitalisation privée, dite commerciale, représente, selon la saisine, 1227 établissements disposant de 96.970 lits d'hospitalisation complète, sur un total de 485.769 lits tous établissements confondus. Elle offre également 7.917 places d'hospitalisation "*à temps partiel*". Le secteur enregistre depuis plus de dix ans une baisse de ses capacités d'accueil, liée à des restructurations importantes, dans un mouvement général de réduction des capacités hospitalières. Ce mouvement s'est accompagné de restructurations par regroupements d'établissements, entraînant une spécialisation accrue sur certaines spécialités médicales. Les établissements d'hospitalisation privée assurent 46 % des interventions chirurgicales nécessitant une hospitalisation complète, 33 % des accouchements et occupent une place importante dans le secteur des soins de suite et de réadaptation, avec plus de 25 % des journées réalisées dans ce domaine.

40. Le financement du secteur des établissements privés à but lucratif se caractérise par un système de tarification assez complexe. Il diffère du financement des établissements de santé publics ou privés à but non lucratif admis à participer à l'exécution du service public hospitalier, qui font l'objet depuis 1983 d'une dotation globale annuelle, aujourd'hui fixée en application des articles L. 174-1 et suivants du code de la sécurité sociale.
41. Le secteur privé à but lucratif connaît deux régimes : le tarif contractuel, qui trouve son fondement dans l'ordonnance du 24 avril 1996 et le tarif d'autorité.
42. Aux termes de l'article L. 162-22-2 du code de la sécurité sociale, issu de la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000, est défini chaque année un objectif quantifié national pour les établissements privés à but lucratif, par arrêté des ministres de la santé, de la sécurité sociale, de l'économie et du budget. L'article L. 6114-3 du code de la santé publique prévoit que les tarifs des prestations d'hospitalisation et le forfait annuel de ces établissements sont fixés par le contrat d'objectifs et de moyens signé entre l'Agence régionale d'hospitalisation (ARH) et l'établissement. Ces tarifs sont fixés par discipline (médecine, chirurgie, obstétrique, convalescence et psychiatrie) et tiennent compte des caractéristiques de l'établissement en termes de confort, d'accueil et de valeur technique.

### **III. - Analyse concurrentielle**

#### **La situation dénoncée par la saisissante**

43. La Fédération de l'hospitalisation privée relève que le système mis en place par l'arrêté du 6 juillet 2000 devrait concourir à la maîtrise globale des dépenses de santé, permettre une transparence des tarifications proposées et, enfin, introduire des mécanismes de concurrence dans un secteur où la tarification des produits et prestations constitue un dispositif très rigide. Selon elle, aucun des objectifs ainsi assignés n'a pu, cependant, être atteint. Elle expose que, malgré les efforts engagés par les établissements de santé privés dont elle représente les intérêts, aucun fournisseur de dispositif médical, fabricant ou distributeur n'a répondu aux demandes de négociation formulées par ses adhérents.
44. Alors que les établissements d'hospitalisation privée procèdent à des appels d'offres dans des conditions similaires aux établissements de santé publics, ils ne bénéficient pas des mêmes conditions de la part des fournisseurs : d'une part, ceux-ci ne leur communiquent pas les tarifs qu'ils peuvent consentir à leurs différentes catégories de clients et, d'autre part, ils n'offrent aucune remise par rapport au tarif de responsabilité, alors qu'ils consentent des rabais importants aux établissements publics. Cette différence de traitement avec les hôpitaux publics porterait aussi, selon la FHP, sur les délais de paiement, les conditions de vente, les modalités de règlement, les rabais, remises ou ristournes, dont les modalités joueraient toujours en défaveur des adhérents de cette organisation professionnelle, portant ainsi atteinte à la concurrence entre les acteurs publics et privés du marché de l'hospitalisation.
45. La FHP voit dans cette situation une discrimination illégale dès lors qu'il n'existe pas de différence sensible entre les deux catégories d'acheteurs et indique qu'aucun élément propre aux établissements de santé publics ne peut justifier que tous les offreurs proposent à cette catégorie d'établissements des prix qui se situeraient 15 à 20 % en dessous de ceux qui sont appliqués aux établissements de santé privés. Elle considère également que l'uniformité des pratiques des fabricants ou fournisseurs constitue l'indice d'une entente et que l'absence de transparence tarifaire, dont seraient victimes ses adhérents, leur interdirait toute négociation sur les prix.

#### **L'entente n'est pas la seule explication possible à des comportements convergents**

46. Sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, le Conseil de la concurrence condamne les pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet

l'uniformisation des conditions de vente des fabricants ou distributeurs d'un produit ou d'une prestation de service, de telles pratiques dissuadant les agents économiques de fixer leurs prix de façon autonome, en fonction de leur propre stratégie.

47. Si une entreprise peut, en effet, tenir compte du comportement actuel et prévisible de ses concurrents, et adapter sa conduite en conséquence, il est, en revanche, contraire aux règles de concurrence qu'elle coopère, de quelque manière que ce soit, avec ses concurrents pour déterminer une ligne d'action coordonnée de nature à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché.
48. Le Conseil de la concurrence a également, à plusieurs reprises, considéré que le fait que le support d'une telle concertation soit une association ou un syndicat n'exerçant pas d'activité économique en propre n'empêche pas de lui appliquer le droit de la concurrence, dès lors que les pratiques ont associé ses adhérents, lesquels exercent, eux, une activité d'une telle nature, et qu'elles sont susceptibles d'affecter de façon sensible un marché.
49. Il convient de rappeler que si un organisme professionnel peut diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, l'aide à la gestion qu'il leur apporte ainsi ne doit pas avoir pour objet ou pouvoir avoir pour effet de détourner ses membres d'une appréhension directe de leur stratégie commerciale qui leur permette d'établir de façon indépendante leurs prix.
50. En l'absence de preuve matérielle de la participation d'une entreprise à une action concertée, un alignement sur le comportement des concurrents peut constituer un premier indice d'entente expresse ou tacite qui devra être conforté par d'autres éléments. En effet, la constatation d'un parallélisme de comportement ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle dans la mesure où ce parallélisme peut résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché.
51. En l'espèce, la FHP dénonce le refus unanime des fournisseurs de communiquer à ses adhérents des éléments tarifaires précis ainsi que de "*s'ouvrir à une recherche de lissage économique des conditions de marché*" entre les établissements relevant, d'une part, du secteur public ou assimilé et, d'autre part, du secteur privé à but lucratif, ce refus aboutissant à une différence de prix entre ces deux catégories d'établissements.
52. Toutefois, comme l'a rappelé le Conseil de la concurrence dans son avis n° 01-A-14 du 23 octobre 2001 relatif à une demande d'avis présentée par la Chambre des professionnels du bois, le parallélisme de comportement peut être justifié soit par un événement extérieur qui affecte de façon identique les acteurs du marché, lesquels peuvent alors y apporter une même réponse, soit par les conditions concrètes du fonctionnement du marché, notamment lorsque les informations commerciales sont rapidement connues des différents opérateurs.
53. Ainsi, dans sa décision relative à la fabrication et à la distribution de matériaux en béton<sup>2</sup>, le Conseil de la concurrence a relevé que le parallélisme de comportement, illustré par l'instauration de frais de déchargement des produits par les fabricants, pouvait être expliqué par les conditions de fonctionnement du marché, dans la mesure où les distributeurs, s'approvisionnant également pour certains produits chez leurs concurrents, avaient un accès immédiat aux modifications tarifaires qui pouvaient être décidées par chacun d'entre eux, en étant destinataires, notamment, des lettres-circulaires tarifaires.
54. Il en va tout autrement dans les cas où les informations commerciales ou tarifaires ne sont pas tirées de la simple transparence du marché ou des particularités de son fonctionnement mais obtenues par le biais d'échanges concertés entre les acteurs.

---

<sup>2</sup> Décision n° 95-D-63 du 14 novembre 1995 relative à des pratiques relevées sur les marchés des produits en béton préfabriqués dans le département du Doubs.



55. Il peut donc exister différentes explications à un parallélisme de comportement et seul l'examen concret du fonctionnement du marché, de la structure de l'offre, notamment son degré de concentration, et des relations entre les entreprises permet de conclure à l'existence ou non d'une pratique concertée qui a pour objet ou peut avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence.

### **Les particularités du marché des dispositifs médicaux**

56. Les marchés des dispositifs médicaux présentent plusieurs particularités susceptibles de contraindre l'exercice de la concurrence, que l'arrêté du 6 juillet 2000 avait précisé pour objectif de rendre plus effectif. Tout d'abord, l'acheteur n'est pas le prescripteur et sa liberté de négociation avec le fournisseur est limitée par l'obligation de respecter le choix du praticien, lequel ne s'effectue pas nécessairement en fonction de la seule recherche d'une meilleure rationalité économique et peut, par ailleurs, dans une certaine mesure, être influencé par les rapports personnels éventuellement noués entre les chirurgiens prescripteurs et les praticiens employés par les fournisseurs. Enfin, la demande est peu influencée par le prix, le malade ne supportant pas, en règle générale, le coût du dispositif médical, qui est pris en charge par l'assurance maladie.
57. Le Conseil de la concurrence a estimé, dans une décision relative à des pratiques constatées sur le marché de l'optique médicale<sup>3</sup>, que *"le tarif de remboursement de la sécurité sociale peut être considéré comme un prix plancher en dessous duquel un commerçant n'a aucun intérêt à faire une offre, dès lors que le rabais consenti serait sans effet sur la demande"*. S'agissant des dispositifs médicaux, on pourrait considérer que le fabricant ou fournisseur aurait intérêt à baisser ses prix, en dessous du tarif de remboursement, eu égard à l'augmentation des ventes susceptible d'être induite par cette baisse dès lors que les établissements de santé acheteurs des produits en cause trouveraient dans son offre la possibilité de bénéficier d'un remboursement plus conséquent que le prix facturé.
58. Mais il n'est pas certain que les conditions dans lesquelles fonctionne le marché conduisent à cette situation. Les courriers et documents produits par la FHP montrent que les fabricants et fournisseurs ont préféré maintenir leurs conditions de vente, en faisant valoir qu'afficher une baisse des prix pourrait inciter les ministres intéressés à baisser le tarif de responsabilité, un tel mouvement ayant déjà été imposé d'office à deux reprises par l'intermédiaire de l'établissement de nouveaux tarifs de responsabilité pour certains dispositifs médicaux.
59. La justification ainsi avancée par les fabricants et distributeurs à l'égard des établissements privés pourrait être considérée comme l'indice d'un fonctionnement peu concurrentiel des marchés concernés dans la mesure où le gain immédiat réalisé par un fabricant ou un distributeur qui baisserait ses prix en développant sa clientèle et en captant une partie supplémentaire de la demande devrait l'emporter sur les inconvénients futurs susceptibles de résulter d'une éventuelle réduction du niveau des tarifs de responsabilité.
60. Les fabricants invoquent également l'ensemble des services non payants qu'ils rendent aux établissements de santé privés en leur permettant de stocker les dispositifs médicaux qui sont en dépôt-consignation, en livrant gratuitement à ces établissements des matériels ancillaires, en facturant à l'unité ou encore en organisant des sessions de formation médicale. Le coût de l'ensemble de ces prestations est évalué par un fournisseur entre 20 et 40 % du prix d'une prothèse de genou facturée à un établissement. Les fournisseurs considèrent qu'en baissant leurs prix, ces services, non facturés et dont le coût demeure indéterminé, seraient nécessairement remis en cause.

---

<sup>3</sup> Décision n° 00-D-10 du 11 avril 2000 relative à des pratiques mises en œuvre au sein du réseau Alain Afflelou sur le marché de l'optique médicale.

61. Cette seconde justification n'a de sens que pour ceux des services dont il s'agit qui ne sont rendus qu'aux établissements privés. Elle est difficile à apprécier, compte tenu de l'opacité tarifaire certainement peu propice à la concurrence qu'elle révèle, mais dont la responsabilité incombe aux vendeurs autant qu'aux acheteurs qui adhèrent à ces dispositifs de compensation.
62. Les constatations faites par la FHP pourraient aussi trouver une explication dans les politiques tarifaires adoptées par chaque fournisseur de dispositifs médicaux sur des marchés où les produits sont fortement différenciés et où les deux grandes catégories de clients – les établissements de santé publics et privés représentent sur nombre de ces marchés près de 90 % de la demande – présentent des élasticités-prix de la demande sans doute différentes. Il n'est pas exclu, en effet, que l'élasticité-prix de la demande des établissements de santé publics soit plus forte que celle des établissements de santé privés, dont la FHP représente les intérêts. Une telle différence pourrait résulter, notamment, du niveau plus élevé de contraintes pesant sur les prescripteurs du secteur public en matière de choix de dispositifs médicaux. La procédure d'appels d'offres dans le cadre du code des marchés publics, menée dans de nombreux cas dans les établissements de soins publics par les services gestionnaires, peut aussi contribuer à faire du prix un élément essentiel du choix. La possibilité pour les hôpitaux de se regrouper pour passer des appels d'offres pourrait renforcer encore cette tendance.
63. S'agissant, enfin, de l'absence de transparence constatée par la FHP quant aux conditions tarifaires consenties aux établissements publics, il y a lieu de relever qu'aucune règle du droit de la concurrence n'impose à un fournisseur de donner communication à un de ses clients des conditions tarifaires qu'il consent à d'autres. S'il existe, en vertu de l'article L. 441-6 du code de commerce, une obligation générale pour tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestations de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, son barème de prix et ses conditions de vente, celles-ci comprenant, notamment, les conditions de règlement et éventuellement les rabais et ristournes, cette obligation ne saurait être comprise comme s'étendant aux conditions particulières consenties à tel ou tel autre client, qui peut se trouver en concurrence avec le premier.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Picard, par Mme Pasturel, vice-présidente, président la séance, MM. Flichy, Gauron, Piot et Ripotot, membres.

Le rapporteur général,  
Thierry Dahan

La vice-présidente,  
Micheline Pasturel