



Avis n° 90-A-04 du 30 Janvier 1990
relatif à la fourniture de matériel médical par des organismes à caractère non commercial

Le Conseil de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 28 mars 1989 sous le numéro A 5, par laquelle l'Union française des orthoprothésistes (Ufop) a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 1986, second alinéa, de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, d'une demande d'avis sur la compatibilité de la coexistence sur le marché des fournitures et appareils médicaux de fournisseurs libéraux et de divers organismes publics, parapublics ou privés, dont les services de prêt d'appareillage créés par les caisses primaires d'assurance maladie, qui s'octroient la qualité de fournisseur d'appareillage;

Vu la lettre enregistrée le 7 juin 1989 sous le numéro A 55 par laquelle l'Union syndicale des distributeurs de fauteuils roulants et appareils médicaux (Usdifamed) a saisi le Conseil de la concurrence, sur la base du même texte, d'une demande d'avis concernant la création, par les caisses primaires d'assurance maladie, de services de prêt d'appareillage, question qui est également soulevée par l'Ufop, face aux difficultés que rencontre la profession de distribuer, vendre et louer d'appareils médicaux en raison de leur multiplication;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée, prise pour son application;

Vu le code de la sécurité sociale, et notamment les articles R. 165-1 à R. 165-29;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus,

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent:

I. - Selon le ministère des affaires sociales et de l'emploi, le nombre d'individus éprouvant une gêne ou une difficulté dans les gestes de la vie quotidienne s'élèverait aux environs de 5 000 000 de personnes correspondant à près de 10 p. 100 de la population totale. D'autres estimations contenues dans les annales des premières journées techniques de l'assurance maladie sur l'appareillage, tenues les 8 et 9 mars 1989, font ressortir qu'un dixième des Français est handicapé. Parmi ceux-ci, 84 p. 100 éprouvent des difficultés physiques, 62 p. 100 se déplacent péniblement, 32 p. 100 communiquent difficilement.

Pour sa part l'Ufop estime le nombre de personnes à appareiller entre 250 000 et 300 000.

Quant au champ couvert par les fournitures et appareils destinés aux malades et handicapés, il diffère selon que l'on se réfère à:

- la classification du tarif interministériel des prestations sanitaires (T.I.P.S.) qui comprend actuellement trois titres (III, IV et V);
- l'article R. 165-14 du code de la sécurité sociale qui fait référence 'aux prothèses oculaires, aux chaussures orthopédiques et aux fournitures de gros appareillage de prothèse et d'orthèse';

- la définition de l'Ufop selon laquelle le terme appareillage sert à désigner les appareils de prothèse et d'orthopédie correspondant au gros (ou grand) appareillage de la terminologie du T.I.P.S. (titre V, chapitre V). Le terme 'gros appareillage' sera compris en ce sens, dans le présent avis, les termes 'appareils' et 'fournitures' désignant l'ensemble des matériels qui peuvent être utilisés par les malades ou handicapés.

L'orthoprothésiste fabrique et adapte l'appareil de remplacement (prothèse), ou de maintien (orthèse). Le matériel autre que les prothèses et les orthèses est distribué soit par des pharmacies, soit par des revendeurs spécialisés ou agréés.

II. - Tout comme les prothèses oculaires et les chaussures orthopédiques, la prise en charge des fournitures de gros appareillage de prothèse et d'orthèse est subordonnée à:

- l'agrément du fournisseur par les organismes de sécurité sociale et par le ministre chargé des anciens combattants;

- la signature d'une convention par laquelle le fournisseur s'engage à délivrer, renouveler et adapter les appareils à des prix n'excédant pas les tarifs fixés par des arrêtés ministériels pris après avis de la commission consultative des prestations sanitaires (article R. 165-19 du code de la sécurité sociale).

Par ailleurs, on peut être agréé que le fournisseur qui possède, ou dont le responsable technique possède l'un des diplômes dont la liste est fixée par l'arrêté du 26 décembre 1984 modifié par l'arrêté du 19 novembre 1987 ou qui, à défaut, justifie d'une compétence professionnelle reconnue dans les conditions déterminées par l'arrêté du 25 septembre 1985 (article R. 165-20 du code de la sécurité sociale).

Sont précisées par deux arrêtés en date du 30 décembre 1985, d'une part, les conditions à remplir en vue de l'agrément des revendeurs et loueurs de véhicules pour handicapés physiques (locaux et connaissances requises), d'autre part, les conditions d'installation et d'équipement des fournisseurs de petit appareillage d'orthopédie.

Enfin un troisième arrêté en date du 30 décembre 1985 modifié par un arrêté du 27 août 1987 fixe les critères de compétence nécessaires à l'obtention de l'agrément des fournisseurs d'articles de petit appareillage d'orthopédie aux bénéficiaires de régimes de protection sociale.

III. - Des arrêtés interministériels pris après avis de la commission consultative des prestations sanitaires fixent la liste ou nomenclature des fournitures et appareils qui peuvent être pris en charge au titre des prestations sanitaires, leurs spécifications, éventuellement leur délai d'utilisation, et les tarifs de responsabilité des organismes d'assurance maladie et du ministère chargé des anciens combattants applicables à ces fournitures et appareils, ainsi qu'à leur renouvellement, leur réparation et leur adaptation éventuelle (art. R. 165-1 du code de la sécurité sociale). C'est le tarif interministériel des prestations sanitaires (T.I.P.S.).

La prise en charge des frais est subordonnée à une prescription médicale. L'entente préalable de l'organisme d'assurance maladie s'il s'agit d'un assuré social, ou du ministère chargé des anciens combattants s'il s'agit d'un bénéficiaire du code des pensions civiles et militaires de retraite, n'est nécessaire que si elle a été prévue par les arrêtés établissant le T.I.P.S. (art. R. 165-4 du code de la sécurité sociale). Si aucune fourniture ou appareil adapté à l'état du malade ou du handicapé ne figure dans cette nomenclature, les organismes d'assurance maladie ou le ministère chargé des anciens combattants peuvent décider, dans les conditions

fixées à l'article R. 165-8 du code, de prendre en charge une prestation sur devis établi par la personne qui doit délivrer l'appareil.

En outre, le code contient des dispositions complémentaires relatives aux conditions de prise en charge des appareils de prothèse et d'orthèse. D'après son article R. 165-23, la prescription d'un appareil de prothèse ou d'orthèse, qui doit comporter toutes les précisions utiles à sa bonne fabrication, est adressée simultanément par le malade ou handicapé, selon la qualité, 'à l'organisme d'assurance maladie auquel il est affilié ou à la direction interdépartementale des anciens combattants, et au centre d'appareillage dépendant de la direction interdépartementale des anciens combattants ou, le cas échéant, de la caisse régionale d'assurance maladie'.

La plupart des centres d'appareillage susvisés dépendent pour des raisons historiques du ministère chargé des anciens combattants. Cette organisation subsiste en grande partie, malgré la diminution du nombre de blessés handicapés victimes de guerre. Ces centres accueillent tous les malades ou handicapés, sauf dans les circonscriptions des caisses régionales d'assurance maladie de Paris, Nantes et Nancy, où les assurés sociaux peuvent s'adresser aux centres d'appareillage de ces caisses.

Sauf dans le cas où la prise en charge de l'appareil est subordonnée par le T.I.P.S. à une entente préalable, la prise en charge de l'hospitalisation vaut, selon l'article R. 165-24 du code de la sécurité sociale, 'prise en charge de l'appareillage lorsque celui-ci a lieu ou est prescrit pendant l'hospitalisation'. Sous réserve des cas où la prescription n'émane pas d'un médecin chef d'un centre, ou d'un service de réadaptation fonctionnelle, ou d'un médecin spécialiste ou compétent dans les disciplines déterminées par l'arrêté du 29 février 1984, hypothèses dans lesquelles l'intéressé est invité à se présenter à une consultation médicale d'appareillage (art. R. 165-27), le centre d'appareillage établit le bon de commande conformément à la prescription du médecin. Il le transmet à l'intéressé et à l'organisme d'assurance maladie dont il relève ou à la direction interdépartementale des anciens combattants. Le malade ou handicapé s'adresse au fournisseur de son choix (art. R. 165-26).

IV. - Tant sur le marché de la vente que sur le marché connexe de la location des fournitures et appareils médicaux, interviennent des opérateurs qui sont inscrits au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, et des services hospitaliers publics ou privés ainsi que des services de prêt d'appareillage de statuts divers.

Sont présents sur le marché de la vente les orthoprothésistes privés, les distributeurs de matériel médical privés représentés par l'Usdifamed et les centres de fabrication d'appareillage qui apparaissent sous le nom d'ateliers intégrés dans certains hôpitaux et centres de rééducation notamment, dont l'existence est prévue à l'article R. 165-15 du code de la sécurité sociale.

Le nombre des établissements qui délivrent des orthèses et des prothèses est estimé à 185. Ils sont agréés par les organismes sociaux. Leur chiffre d'affaires global est compris entre 250 et 280 millions de francs. Parmi les entreprises qui adhèrent à l'Ufop, 90 p. 100 délivrent, outre du gros appareillage, des articles de petit appareillage; 75 p. 100 sont revendeurs-distributeurs de véhicules pour handicapés physiques.

En ce qui concerne les centres de fabrication d'appareillage intégrés qui sollicitent un agrément auprès des caisses de sécurité sociale, leur nombre n'est pas déterminé avec précision. D'après l'Ufop, une dizaine d'établissements bien équipés ont une activité

indépendante et fabriquent en première et deuxième mises des appareils définitifs. Par ailleurs, l'Ufop estime à 120 le nombre des établissements qui délivrent avec plus ou moins de moyens des appareils.

Quant aux distributeurs privés, il comprennent, d'après l'Usdifamed, les pharmacies, dont un tiers seulement délivre du matériel médical, et quelques spécialistes.

Sur le marché de la location qui ne concerne que certains matériels, notamment les accessoires susceptibles d'être livrés pour traitement à domicile, interviennent, d'une part, les opérateurs qui sont présents sur le marché de la vente, qu'ils appartiennent ou non au secteur du commerce ou des métiers, d'autre part, les services de prêt d'appareillage créés par les caisses primaires d'assurance maladie. Selon une enquête lancée en 1986 par la Caisse nationale de l'assurance maladie, 50 caisses auraient mis en place de tels services. Pour sa part, l'Usdifamed estime leur nombre à environ 40. Le matériel prêté est du matériel compris dans le T.I.P.S et du matériel hors T.I.P.S. Dans les régions où ces services fonctionnent depuis cinq ou six ans, ils parviennent à prendre, selon l'Usdifamed, 75 p. 100 du marché, quelquefois plus.

V. - Les conditions d'entrée sur le marché de la vente et de la location sont strictement définies. Elles sont destinées à offrir la garantie que les fournitures et appareils pris en charge par l'assurance maladie ont été distribués par un professionnel compétent et qu'ils sont adaptés à l'état du malade ou du handicapé.

La procédure d'agrément des distributeurs de fournitures de gros appareillage de prothèse et d'orthèse est prévue par l'article R. 165-19 du code de la sécurité sociale et celle des revendeurs et loueurs de véhicules pour handicapés physiques par l'arrêté du 30 décembre 1985. Deux systèmes d'agrément existent. L'un est délivré par les services du ministère chargé des anciens combattants; l'autre est délivré par les organismes de sécurité sociale.

Les orthoprothésistes qui délivrent, outre des orthèses et des prothèses, des véhicules pour handicapés physiques, et qui sollicitent un agrément au titre de la vente ou de la location auprès du ministère chargé des anciens combattants, doivent produire un extrait d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Une telle inscription n'est pas exigée s'ils demandent un agrément auprès des organismes de sécurité sociale.

Les services de prêt d'appareillage que sont créés à l'initiative des conseils d'administration des caisses primaires sont également soumis à la procédure d'agrément prévue par l'arrêté du 30 décembre 1985. Toutefois, il ressort du dossier que certains des services mis en place n'ont pas demandé d'agrément. Les services de prêt d'appareillage fonctionnent selon trois systèmes juridiques différents: création en régie directe par une caisse; création d'une association; collaboration d'une caisse primaire avec un fournisseur local qui effectue pour le compte de celle-ci la remise en état du matériel prêté.

VI. - La première question posée par l'Ufop est relative à la comptabilité au regard des règles de la concurrence de la coexistence, sur le marché de la vente et de la location, des orthoprothésistes privés des établissements de soins à but non lucratif et des hôpitaux publics ou privés.

L'Ufop estime qu'il y a distorsion de concurrence du fait, d'une part, que ces établissements et hôpitaux, qui sollicitent un agrément auprès des caisses régionales de sécurité sociale, ne sont

pas tenus de justifier d'une inscription au registre du commerce et des sociétés et, d'autre part, en raison des règles fiscales qui leur sont applicables. Cette distorsion de concurrence est, selon elle, exercée au détriment des fournisseurs privés.

On observera d'abord qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit l'exercice de l'activité d'orthoprothésiste aux établissements hospitaliers publics ou privés qui n'appartiennent pas au secteur du commerce ou des métiers, sous réserve du respect de la procédure d'agrément prévue par l'article R. 165-19 du code de la sécurité sociale. Plus généralement, aucune distorsion législative ou réglementaire n'interdit davantage aux services hospitaliers publics ou privés d'intervenir au titre de distributeurs de véhicules pour handicapés physiques.

Cette situation avantageuse pour les utilisateurs ne pose pour ces derniers aucune question de concurrence, dès lors que les tarifs de remboursement prévus par le T.I.P.S., et appliqués par le régime de la sécurité sociale et celui des services du ministère chargé des anciens combattants, sont les mêmes quels que soient les prestataires. Il reste que, nonobstant le principe fondamental du respect du libre choix de son fournisseur par le malade ou handicapé, les centres de fabrication d'appareillage intégrés aux structures hospitalières se trouvent mieux placés que les fournisseurs privés.

Certes, il est constant que les conditions économiques d'exploitation des entreprises privées sont différentes de celles des centres de fabrication d'appareillage intégrés dans les hôpitaux publics ou les établissements d'hospitalisation à but non lucratif, notamment au regard des règles fiscales. Or cette différence de traitement a pour fondement la différence de vocation entre ces deux catégories d'intervenants, et notamment la spécificité de la mission des hôpitaux publics ainsi que des établissements d'hospitalisation à but non lucratif.

Dès lors, l'éventualité d'une distorsion critiquable de concurrence ne peut apparaître que dans le cas où les centres intégrés desdits hôpitaux ou établissements délivreraient habituellement des appareils au-delà du cercle de leurs malades, étant observé qu'en tout état de cause la question ne relèverait pas de dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée.

VII. - Une autre question est simultanément posée par l'Ufop et l'Usdifamed. Elle est relative à l'habilitation des caisses primaires d'assurance maladie à créer des services de prêt d'appareillage.

L'Ufop observe que différentes pressions sont exercées auprès des assurés par les caisses pour les inviter à recourir aux services de prêt d'appareillage qu'elles ont créés, notamment sous forme d'associations régies par la loi de 1901. Elle ajoute que la fourniture d'appareillage ne paraît pas entrer dans la mission des caisses primaires d'assurance maladie. De son côté l'Usdifamed relève que les caisses interviennent de différentes manières auprès des assurés pour les conduire à s'adresser à leurs services, en leur proposant en particulier des prêts assortis d'engagements de restitution. L'organisation invoque le respect du libre choix de son fournisseur par le malade ou handicapé, et pose également la question de savoir si la fourniture d'appareillage entre la mission des caisses primaires d'assurance maladie.

Il convient d'observer tout d'abord que, d'après les informations dont dispose le Conseil, rien n'interdit à une caisse primaire d'assurance maladie de recevoir des dons sous forme de matériel pour handicapés qu'elle met ensuite à la disposition de certaines catégories d'assurés, à titre social. Toutefois, les pratiques dont se plaignent les unions professionnelles qui ont

présenté les demandes d'avis visent également les prêts et l'acquisition de matériel en vue de ces prêts, pratiques qui, si elles sont largement développées, peuvent avoir une incidence sur le marché. Dans cette perspective, l'on ne peut négliger le fait que le libre choix des assurés peut se trouver limité dans la mesure où les propositions que leur adressent les caisses sont formulées en des termes qui incitent les intéressés à se fournir de préférence auprès d'elles ou auprès des organismes qu'elles ont créés à cet effet, tels que des associations spécialisées.

En présence de ces risques potentiels de distorsion de la concurrence, la première question qui se pose est de savoir si la création de services de prêt d'appareillage par les caisses primaires peut trouver sa base légale dans des dispositions du code de la sécurité sociale, notamment celles de l'article L. 262-1 relatives à l'action sanitaire et sociale. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence d'apporter la réponse qui relève de l'autorité du tutelle des caisses, laquelle ne s'est pas prononcée clairement sur ce point, et, le cas, échéant, de la juridiction compétente.

Pour le surplus, si, dans des cas d'espèce, les professionnels intéressés entendaient soutenir que les pratiques en cause revêtent le caractère de concurrence illicite ou de concurrence déloyale en raison de circonstances particulières qui n'entrent dans les prises ni de l'article 7 ni de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, il leur appartiendrait de saisir les juridictions compétentes.

Délibéré en section sur le rapport de Mme Simone de Mallmann dans sa séance du 30 janvier 1990 où siégeaient:

M. Laurent, président,; MM. Béteille et Pineau, vice-présidents, MM. Azema, Flécheux, Schmidt, Urbain, membres.

Le rapporteur général suppléant,
A-P. Weber

Le président,
P. Laurent