

**Décision n° 20-DCC-38 du 28 février 2020
relative à la prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé
Méditerranée et de la SCI Bonnefon-Carnot par le groupe Elsan**

L'Autorité de la concurrence,

Vu le dossier de notification adressé complet au service des concentrations le 24 juillet 2019, relatif à la prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé Méditerranée et de la SCI Bonnefon-Carnot par la société Elsan SAS, formalisée par un contrat de cession en date du 3 juillet 2019 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment ses articles L. 430-1 à L. 430-7 ;

Vu la décision n° 19-DEX-01 du 10 octobre 2019 d'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les représentants de la société Elsan SAS le 23 janvier 2020 en réponse au rapport des services d'instruction du 2 janvier 2020 ;

Vu les engagements présentés le 24 janvier 2020 et modifiés en dernier lieu le 7 février 2020 par Elsan SAS ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Elsan SAS entendus au cours de la séance du 4 février 2020 ;

Les représentants du conseil départemental de l'ordre des médecins du Gard, du centre hospitalier universitaire de Nîmes, du groupe Ramsay Santé, de l'agence régionale de santé de la région Occitanie et de la direction générale de l'offre de soins, entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-6, alinéa 3, du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

Aux termes de la décision ci-après, l'Autorité a procédé à l'examen de la prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé Méditerranée et la SCI Bonnefon-Carnot par la société Elsan.

Les parties à l'opération possèdent toutes deux des établissements de santé dans le département du Gard (30). Dans ce département, Elsan détient principalement la clinique Kennedy, située à Nîmes. HSM détient la Polyclinique Grand Sud (PGS), l'Hôpital Privé les Franciscaines (HPF), situés à Nîmes, ainsi que la Nouvelle Clinique Bonnefon située à Alès.

À l'occasion de l'analyse approfondie à laquelle elle a procédé intégrant une consultation large des principaux opérateurs nationaux, locaux et des administrations concernées, l'Autorité a fait évoluer sa définition des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers. Elle a considéré que ces marchés devaient être segmentés d'une part, sur la base des catégories de soins autorisées de l'article R. 6122-25 du code de la santé publique, et, d'autre part, en fonction de 29 regroupements de « groupes de planification » tels qu'identifiés par l'Agence Technique de l'Information sur l'Hospitalisation.

D'un point de vue géographique, l'Autorité a analysé ce marché aux niveaux régional, départemental et local.

Elle a également identifié un marché de la mise à disposition, par les établissements de santé, d'infrastructures nécessaires à l'exercice de l'activité des médecins libéraux.

Au cours de l'instruction, Elsan a invoqué l'exception de l'entreprise défaillante s'agissant de la clinique Kennedy, en mettant en avant les difficultés financières auxquelles celle-ci fait face depuis plusieurs années. Dans la mesure où les difficultés alléguées pèsent sur un établissement de l'acquéreur, et non sur l'entreprise reprise, l'exception de l'entreprise défaillante n'a pas été retenue en l'espèce. L'Autorité a considéré en outre que le scénario de fermeture de la clinique Kennedy en l'absence de réalisation de l'opération ne présentait pas un caractère suffisamment certain pour être pris en compte en tant que scénario contrefactuel au regard duquel l'opération doit être examinée.

Dans son analyse concurrentielle, l'Autorité a constaté que la nouvelle entité disposerait de parts de marché élevées sur de nombreux segments des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, notamment dans l'empreinte réelle des établissements cibles, et deviendrait sur la majorité de ces segments le premier opérateur privé. L'Autorité relève qu'après l'opération, la nouvelle entité sera essentiellement confrontée à la concurrence de l'offre publique constituée par les différents CH et CHU présents dans le département du Gard.

Dans la mesure où les tarifs des prestations de soins versés par la Sécurité sociale aux établissements sont fixés au niveau national dans le cadre du mécanisme de tarification à l'activité, à laquelle les établissements de santé ne peuvent déroger, l'Autorité a souligné qu'une opération de concentration dans ce secteur n'est pas susceptible de générer des effets tarifaires s'agissant de cet aspect. De plus, les autorités de santé, tant nationale que locales, sont chargées de contrôler la qualité des activités de soins et des établissements au sein desquelles elles sont dispensées. L'existence d'un tel contrôle sectoriel permet d'écarter le risque de dégradation de la qualité des soins lié à la modification de la structure de la concurrence résultant de l'opération.

¹ Ce résumé a un caractère purement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

En revanche, l'Autorité a examiné si l'opération était susceptible de générer des effets sur la structuration de l'offre de soins dans les zones géographiques concernées. L'examen des documents internes à la partie notifiante a permis de mettre en avant qu'Elsan envisage, après l'opération, de fermer la clinique Kennedy pour transférer ses activités sur les sites de PGS et HPF. L'Autorité considère que si ce transfert d'activité devait s'opérer de manière partielle, il aurait pour effet un appauvrissement de l'offre de soins dans la zone des établissements concernés. Après avoir relevé que les sites de PGS et HPF disposaient de la capacité d'accueillir l'intégralité de l'activité de la Clinique Kennedy, l'Autorité a considéré que l'incitation d'Elsan à effectivement procéder au transfert d'activité de manière intégrale ne pouvait être établie. En revanche, l'Autorité a pu écarter le risque de dégradation de la qualité de l'offre de soins par le biais d'un allongement significatif du temps de trajet pour les patients.

L'Autorité a également examiné les effets de l'opération sur l'offre de prestations annexes offertes (chambre particulière, télévision, WiFi, etc.) par les établissements des parties, dont le tarif et la qualité sont librement fixés par les établissements de santé. L'Autorité a relevé tout d'abord que l'offre de prestations annexes, si elle ne constituait pas le principal critère de choix pour le patient, demeurait un facteur pris en compte lorsqu'il détermine l'établissement de santé dans lequel il se rendra pour recevoir des soins. Elle constituait donc une variable concurrentielle entre établissements de santé. Dans ce contexte, l'Autorité a constaté la proximité concurrentielle importante existant entre les parties à l'opération ainsi que le pouvoir disciplinant limité des établissements de soins concurrents dans les zones concernées. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité a considéré que, à l'issue de l'opération, la nouvelle entité serait capable et incitée à dégrader les conditions de l'offre de prestations annexes des établissements concernés par l'opération, aussi bien en matière de tarifs que de qualité.

Sur le marché gardois de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité, l'opération a pour conséquence de placer Elsan en position d'opérateur incontournable vis-à-vis des praticiens libéraux dans le département. En vertu de sa position, Elsan pourrait imposer aux praticiens actuels ou futurs des clauses d'exclusivité afin d'assécher le vivier disponible pour ses concurrents dans le département du Gard.

L'Autorité a en revanche écarté tout risque relatif à la modification des niveaux de redevances, de hausse de dépassement d'honoraires et de modification des filières d'adressage.

Conformément à l'article L. 430-6 du code de commerce, l'Autorité a examiné si l'opération apportait au progrès économique une contribution suffisante par rapport aux atteintes à la concurrence identifiées. La partie notifiante a démontré que l'opération, et spécifiquement le transfert de la maternité de la Clinique Kennedy sur les sites de PGS, participera à la qualité et à la sécurité des soins apportés aux patients. Ces gains ne sont toutefois pas suffisants pour compenser les risques concurrentiels identifiés, notamment du fait que ces risques portent sur la fourniture de prestations annexes à des patients ne relevant pas uniquement de ces spécialités.

Afin de répondre aux problèmes de concurrence identifiés sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, Elsan a déposé une proposition d'engagements de nature mixte, incluant un volet structurel et un volet comportemental.

Elsan s'engage ainsi à transférer de manière intégrale l'offre de soins de la clinique Kennedy sur les sites de PGS et HPF dans un délai de [confidentiel] à compter de la date de la présente décision et à maintenir l'activité transférée de même que les activités actuellement exercées par PGS et HPF jusqu'au 6 mars 2028 inclus. Ces engagements permettront de prévenir tout appauvrissement de l'offre de soins résultant de l'opération.

S'agissant des prestations annexes, Elsan s'engage, pour une durée de 10 ans, à maintenir le contenu et la qualité de l'offre de prestations annexes des établissements concernés, à des tarifs ne dépassant pas les tarifs actuels. L'évolution annuelle des tarifs ne pourra pas dépasser l'évolution de l'indice des prix à la consommation. Par ailleurs, s'agissant spécifiquement de l'offre de prestations annexes relative à la prise en charge ambulatoire, Elsan s'engage à proposer une offre de chambre particulière « sèche » au sein de la clinique Kennedy à un tarif plafonné, et, dans les établissements nîmois de la cible dans l'hypothèse où de telles prestations annexes y seraient proposées. Ces engagements permettront de prévenir toute dégradation de l'offre de prestations annexes tant en contenu qu'en prix par rapport à ce qui aurait prévalu en l'absence de l'opération.

Afin de répondre aux problèmes de concurrence identifiés sur le marché gardois de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité, Elsan s'engage, pour une durée de 10 ans, à ne pas insérer de clause d'exclusivité dans les contrats unissant les établissements concernés et les praticiens. À titre d'exception, et après accord du mandataire, ces contrats pourront comprendre une exclusivité réciproque, qui ne pourra pas empêcher les praticiens de réaliser des vacations auprès des établissements appartenant au Groupement Hospitalier de Territoire Cévennes-Gard-Camargue. Ces engagements permettront de prévenir tout risque d'assèchement du vivier de praticiens susceptibles d'exercer dans des établissements concurrents.

En conséquence, l'Autorité autorise l'opération, sous réserve des engagements annexés à la présente décision.

I.	LES ENTREPRISES CONCERNÉES ET L'OPÉRATION	8
A.	Les entreprises concernées	8
B.	L'opération	9
II.	DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS	10
A.	Les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.....	10
1.	Délimitation des marchés de services	10
a)	<i>Rappel de la pratique décisionnelle antérieure</i>	<i>10</i>
b)	<i>Arguments de la partie notificante.....</i>	<i>11</i>
c)	<i>Appréciation au cas d'espèce.....</i>	<i>12</i>
d)	<i>Conclusion sur la définition des marchés de services.....</i>	<i>17</i>
2.	Délimitation des marchés géographiques.....	17
B.	Le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité.....	19
1.	Délimitation du marché de services	19
2.	Délimitation du marché géographique	20
C.	Le marché de la chirurgie esthétique de confort.....	21
1.	Délimitation du marché de services	21
2.	Délimitation du marché géographique	21
D.	Le marché des soins de suite et de réadaptation (SSR)	21
1.	Délimitation du marché de services	21
2.	Délimitation du marché géographique	22
III.	ANALYSE CONCURRENTIELLE	22
A.	Contrefactuel pertinent.....	22
1.	Arguments de la partie notificante	23
2.	Appréciation au cas d'espèce	23
B.	Analyse des effets de l'opération sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.....	24
1.	Méthodologie de calcul de parts de marché	24
a)	<i>Sur l'indicateur pertinent pour calculer les parts de marché des parties et de leurs concurrents.....</i>	<i>24</i>
b)	<i>Sur la méthode de calcul de part de marché.....</i>	<i>25</i>
2.	Position de la nouvelle entité sur les autorisations.....	26
a)	<i>Au niveau régional</i>	<i>26</i>
b)	<i>Au niveau départemental.....</i>	<i>27</i>
c)	<i>Au niveau local.....</i>	<i>28</i>

d) Conclusion.....	30
3. Position de la nouvelle entité sur les regroupements par groupes de planification..	30
a) Au niveau régional	30
b) Au niveau départemental.....	32
c) Au niveau local.....	33
d) Conclusion.....	38
4. Analyse qualitative des effets de l'opération sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.....	38
a) Les effets relatifs à la structuration de l'offre de soins.....	39
b) Les effets relatifs aux prestations annexes	44
C. Analyse des effets de l'opération sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité	51
1. La position de la nouvelle entité sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité	51
2. Les effets relatifs aux relations contractuelles entre médecins libéraux et établissements de santé.....	52
<i>Arguments de la partie notifiante.....</i>	<i>52</i>
<i>Appréciation au cas d'espèce.....</i>	<i>53</i>
3. Les effets relatifs à l'accès aux infrastructures opératoires.....	53
<i>Arguments de la partie notifiante.....</i>	<i>53</i>
<i>Appréciation au cas d'espèce.....</i>	<i>53</i>
4. Les effets relatifs au niveau des redevances.....	54
5. Les effets relatifs au niveau des dépassements d'honoraires par les médecins	55
6. Les effets relatifs à l'adressage des patients.....	56
D. Analyse des effets de l'opération sur les marchés de la chirurgie esthétique de confort	57
E. Analyse des effets de l'opération sur les marchés des soins de suite et de réadaptation.....	57
a) Au niveau régional	58
b) Aux niveaux départemental et local	58
F. Analyse du risque de création ou de renforcement d'une puissance d'achat.....	60
IV. CONTRIBUTION AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE	61
A. Arguments de la partie notifiante	62
B. Appréciation au cas d'espèce	63
V. ENGAGEMENTS	65
A. Les engagements proposés.....	65

1. Engagements relatifs à la réorganisation de l'offre de soins des cliniques nîmoises des parties	65
2. Engagements relatifs aux prestations annexes	66
3. Engagements relatifs aux contrats conclus avec les praticiens libéraux	67
4. Contrôle d'un mandataire sur l'exécution des engagements.....	67
B. Appréciation des engagements proposés.....	68
1. Sur l'objectif des remèdes	68
2. Sur l'adéquation des mesures proposées	68
a) <i>Sur l'adéquation du type de remède proposé par la partie notificante</i>	68
b) <i>Sur l'adéquation de chaque engagement pour répondre aux problèmes de concurrence identifiés</i>	69
c) <i>Conclusion</i>	73

I. Les entreprises concernées et l'opération

A. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

1. Elsan SAS (ci-après, « Elsan »), société de droit français, est contrôlée par la société Elsan Holding SAS, qui est à la tête du groupe Elsan. Depuis 2014, la société Elsan Holding SAS est contrôlée exclusivement par CVC Capital Partners SICAV FIS SA (ci-après, « CVC »), société de gestion du groupe CVC, laquelle n'est l'objet d'aucun contrôle, au sens du droit des concentrations. Le groupe CVC détient de nombreuses sociétés, actives dans des secteurs variés, en Europe, aux États-Unis et dans la région Asie-Pacifique².
2. Elsan exploite 120 établissements de santé³ localisés en France, lesquels offrent principalement des services de médecine, chirurgie et obstétrique, des soins de suite et de réadaptation, ainsi que, dans une moindre mesure, des services de soins psychiatriques, d'hospitalisation à domicile et de chirurgie esthétique de confort. Dans le département du Gard (30), Elsan exploite trois établissements situés dans la ville de Nîmes : la clinique Kennedy et la clinique Valdegour, qui constituent ensemble la Polyclinique Kenval, ainsi que l'Institut de Cancérologie du Gard, co-contrôlé avec le centre hospitalier universitaire (ci-après, « CHU ») de Nîmes.
3. Hexagone Santé Méditerranée SAS (ci-après, « HSM » ou « la cible »), société de droit français, est un groupe de trois établissements de santé présents dans le département du Gard : la Nouvelle Clinique Bonnefon (ci-après, « clinique Bonnefon » ou « NCB ») située à Alès, les Nouvelles Cliniques Nîmoises (anciennement Nouvel Hôpital Privé les Franciscaines et ci-après, « Hôpital Privé les Franciscaines » ou « HPF ») et la Polyclinique Grand Sud (ci-après « PGS ») toutes deux situées à Nîmes. Ces établissements (ci-après, ensemble, « les cibles ») offrent principalement des services de médecine, chirurgie et obstétrique et, plus accessoirement, des services de chirurgie esthétique de confort. La SCI Bonnefon-Carnot détient les murs de la clinique Bonnefon. Préalablement à l'opération, HSM et la SCI Bonnefon-Carnot sont contrôlées par Hexagone Santé Participations et ultimement par le Dr. André Attia.
4. La carte ci-dessous identifie les cliniques concernées par l'opération⁴ :

² Seules les sociétés Recordati, Theramex et Sebia, filiales de CVC, sont actives sur des marchés situés en amont, en aval ou connexes de ceux sur lesquels la cible est présente. L'activité de ces filiales ne sera pas plus amplement développée dans la mesure où aucun effet anticoncurrentiel résultant de l'opération n'est susceptible d'être identifié. Premièrement, par la décision COMP/M.9044 du 4 décembre 2018, la Commission européenne a exclu tout effet vertical lié à la prise de contrôle exclusif de Recordati par CVC. La partie notifiante a indiqué que l'ensemble des considérations prises en compte par la Commission européenne à l'occasion de cette décision demeurent applicables. Deuxièmement, Theramex, active dans le secteur des médicaments, en particulier de produits pharmaceutiques pour la santé des femmes, ne vend pas directement de produits aux établissements de santé ce qui permet d'exclure tout effet lié à l'opération sur ce marché (voir, à cet effet, la décision COMP/M.8675 du 20 décembre 2017, CVC/Teva's Women Health Business). Enfin, Sebia est active sur le marché de l'analyse de diagnostic in vitro et y détient une part de marché inférieure à 2 %, quelle que soit la segmentation retenue, ce qui permet d'exclure tout effet lié à l'opération sur ce marché.

³ Hors radiothérapie, imagerie médicale et entités offrant des services d'hospitalisation à domicile.

⁴ Source : Google Maps.



Note de lecture : (i) en bleu, l'établissement d'Elsan et (ii) en rouge, les établissements de HSM.

B. L'OPÉRATION

5. En vertu d'un contrat de cession en date du 3 juillet 2019, l'opération envisagée consiste en l'acquisition par Elsan de 100 % du capital et des droits de vote de la société HSM et de la SCI Bonnefon-Carnot.
6. En ce qu'elle se traduit par la prise de contrôle exclusif de la société HSM et de la SCI Bonnefon-Carnot par Elsan, l'opération notifiée constitue une concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce.
7. Les entreprises concernées réalisent ensemble un chiffre d'affaires hors taxes total sur le plan mondial de plus de 150 millions d'euros (Elsan : [$>$ 150 millions] d'euros pour l'exercice clos le 31 décembre 2018 ; cible : [$<$ 150 millions] d'euros pour le même exercice). Chacune de ces entreprises a réalisé en France un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions d'euros (Elsan : [$>$ 50 millions] d'euros pour l'exercice clos le 31 décembre 2018 ; cible : [$>$ 50

millions] d'euros pour le même exercice). Compte tenu de ces chiffres d'affaires, l'opération ne relève pas de la compétence de l'Union européenne. En revanche, les seuils de contrôle mentionnés au I de l'article L. 430-2 du code de commerce sont franchis. Cette opération est donc soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du code de commerce relatifs à la concentration économique.

II. Délimitation des marchés pertinents

8. Les parties sont simultanément actives sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers (A), de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité (B), ainsi que de la chirurgie esthétique dite de confort (C).
9. Elsan est par ailleurs actif sur le marché des soins de suite et de réadaptation, verticalement lié aux marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers (D).

A. LES MARCHÉS DE L'OFFRE DE DIAGNOSTICS ET DE SOINS HOSPITALIERS

1. DÉLIMITATION DES MARCHÉS DE SERVICES

a) Rappel de la pratique décisionnelle antérieure

10. Selon la pratique décisionnelle actuelle des autorités de concurrence, l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers n'est pas distinguée en France⁵ selon qu'elle émane d'établissements privés ou publics⁶. En effet, la généralisation à l'ensemble des établissements publics et privés du mode de financement constitué par la tarification à l'activité (dite « T2A »), d'une part, et le recours des patients à des assurances complémentaires, d'autre part, tendent à accroître la liberté de choix des patients quant à l'établissement dans lequel ils souhaitent être soignés. Par ailleurs, qu'ils soient publics ou privés, les établissements hospitaliers ont vocation, par principe, à accueillir tous les patients, sans considération économique ou sociale. Enfin, l'ensemble des établissements hospitaliers est soumis à un cadre juridique commun qui définit les conditions d'exercice de leur activité. Celle-ci est régulée au niveau régional par les agences régionales de santé (ci-après, « ARS »), avec lesquelles les établissements de santé sont susceptibles de conclure des contrats d'objectifs et de moyens et, au niveau national, par la Haute Autorité de santé (ci-après, « HAS ») qui met notamment en œuvre un système de certification des établissements de santé.

⁵ Il n'en va pas de même dans l'ensemble des États membres. Ainsi, la Commission européenne a identifié un marché de soins hospitaliers privés au Royaume-Uni (voir les décisions de la Commission européenne COMP/M.4367 du 16 mars 2007 – APW/APSA/Nordic Capital/Capio et COMP/M.4788 du 21 août 2007 – Rozier/BHS).

⁶ Voir, par exemple, les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 18-DCC-162 du 15 octobre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Capio par Ramsay Générale de Santé, n° 17-DCC-95 du 23 juin 2017 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe MédiPôle Partenaires par le groupe Elsan, n° 15-DCC-146 du 26 octobre 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de Vitalia par Vedici Holding (CVC Capital Partners), les lettres du ministre chargé de l'économie C2007-91 au conseil de la société Vitalia Développement 2, relative à une concentration dans le secteur de l'offre de diagnostics et de soins en établissements de santé, C2007-80 du 24 juillet 2007 au conseil de la société Vitalia Développement 1, relative à une concentration dans le secteur des établissements de soins en France, C2006-105 aux conseils de la société Capio santé SA, relative à une concentration dans le secteur de la production de diagnostics et de soins en établissement de santé du 26 octobre 2006 et les décisions de la Commission européenne COMP/M.7725 du 28 août 2015 – Vedici/Vitalia, COMP/M.7221 du 24 avril 2014 – Bridgpoint Capital/Medipartenaires, et COMP/M.5805 du 21 mai 2010 – 3i/Vedici Groupe.

11. Ce marché est également segmenté par type d'activités pour tenir compte de la forte spécialisation des praticiens et des services des établissements hospitaliers, ainsi que de la nécessité pour un établissement hospitalier d'obtenir des ARS des autorisations spécifiques pour l'exercice de certaines spécialités médicales ou chirurgicales⁷.
12. La pratique décisionnelle a ainsi envisagé une segmentation par « groupes d'activité spécialisée » (ci-après, « GAS »), correspondant aux activités de soins définies par le code de la santé publique et dont l'exercice est soumis à autorisation⁸ : médecine, chirurgie, gynécologie-obstétrique, néonatalogie, psychiatrie, soins de suite et réadaptation (ci-après, « SSR »), soins de longue durée, cancérologie, activités de diagnostic, urgences et réanimation⁹.
13. Une segmentation plus étroite des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers par « catégorie majeure de diagnostic » (ci-après, « CMD ») a également été envisagée en se fondant sur la classification des actes utilisée par l'Agence technique d'information sur l'hospitalisation (ci-après, « Atih »)¹⁰ dans le cadre du programme de médicalisation des systèmes d'information (ci-après, « PMSI »). Cette classification consiste à regrouper l'activité d'offre de diagnostics et de soins hospitaliers en plusieurs CMD, qui correspondent le plus souvent à des soins concernant un organe ou une partie du corps. L'Autorité a considéré que cette segmentation permettait de distinguer l'intégralité des actes médicaux accomplis au sein des établissements hospitaliers selon des critères à la fois médicaux, fonctionnels (c'est-à-dire tenant compte des parties du corps soignées) et économiques.
14. Enfin, une sous-segmentation de chacune des CMD en fonction de la présence ou non d'un acte opératoire¹¹ a également été envisagée. Cette sous-segmentation permet d'appréhender la différenciation entre les établissements publics et privés, du fait de la plus forte spécialisation des établissements privés dans l'activité de chirurgie.
15. Les autorités de concurrence se sont également interrogées sur l'existence de marchés distincts, d'une part, de l'offre d'hospitalisation à domicile et, d'autre part, de la fourniture de soins de dialyse¹².

b) Arguments de la partie notifiante

16. Elsan considère que la segmentation des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers par GAS est plus pertinente qu'une segmentation par CMD. Elsan fait état de l'existence d'une certaine substituabilité de l'offre qui peut exister entre plusieurs CMD au niveau de l'établissement dès lors que celui-ci dispose de l'autorisation relative aux actes constitutifs desdites CMD. De plus, Elsan met en avant le fait qu'une segmentation des marchés

⁷ Ibid.

⁸ La pratique décisionnelle s'est fondée sur l'article R. 6122-25 du code de la santé publique, codifié par le décret n°2005-840 du 20 juillet 2005 relatif à la sixième partie (Dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code. Cet article a été modifié depuis 2005 mais les modifications sont restées limitées. Elles consistent en (i) l'abrogation de l'activité définie au point 6 (« Rééducation et réadaptation fonctionnelle ») pour la réunir avec celle définie au point 5 (anciennement « Soins de suite ») pour constituer l'actuel point 5 (« Soins de suite et de réadaptation »), (ii) la reformulation de la désignation des activités de soin définies au point 14 (de « Accueil et traitement des urgences » à « Médecine d'urgence ») et au point 17 (de « Activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, activités biologiques d'assistance médicale à la procréation, activités de recueil, traitement, conservation de gamètes et cession de gamètes issus de don, activités de diagnostic prénatal » à « Activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et activités biologiques de diagnostic prénatal ») et (iii) de la création d'une activité n°19 (« Examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou identification d'une personne par empreintes génétiques à des fins médicales »).

⁹ Ibid.

¹⁰ Fondée en 2000, l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation est un établissement public de l'État à caractère administratif, placé sous la tutelle des ministres chargés de la santé, des affaires sociales et de la sécurité sociale. L'agence est notamment chargée de la collecte, l'hébergement et l'analyse des données des établissements de santé et en particulier des données d'activité de ceux-ci.

¹¹ Un acte de soins est dit « opératoire » lorsqu'il consiste en une intervention chirurgicale.

¹² Voir, par exemple, les décisions n° 15-DCC-146 et COMP/M.7725 précitées.

par CMD ne correspond pas à la réalité de l'organisation administrative ou opérationnelle des établissements de santé.

17. Par ailleurs, Elsan considère que la segmentation par CMD est impropre à appréhender les effets relatifs à la tarification des prestations hôtelières et les effets sur la qualité et la diversité des services, dès lors que les conditions de l'offre pour ces prestations ne sont pas déterminées en fonction de la CMD concernée, mais plutôt au niveau des GAS (médecine et chirurgie d'une part et obstétrique d'autre part).
18. Enfin, Elsan souligne que retenir une segmentation plus fine que les GAS, à savoir la segmentation par CMD, *a fortiori* sous-segmentée en fonction de la présence ou de l'absence d'un acte opératoire, risquerait de lier l'émergence d'un problème de concurrence à la part de marché dont elle dispose sur une CMD qui, si elle représente un volume d'actes limité, n'est pas de nature à influencer le comportement général de l'opérateur sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.
19. Au cours de l'instruction, et à la demande des services d'instruction, Elsan a toutefois proposé une segmentation fondée sur le regroupement de « groupes de planification » (ci-après, « GP »), tels que définis par l'Atih. Cette proposition sera développée ci-après.
20. S'agissant d'une éventuelle segmentation entre les interventions en ambulatoire et hors ambulatoire, Elsan considère que celle-ci n'est pas pertinente dans la mesure où ces deux modes de prise en charge sont largement substituables. Elsan souligne à ce titre qu'ils nécessitent les mêmes équipements médicaux et sont réalisés par les mêmes médecins. S'agissant de la tarification, la partie notifiante note que, dans la grande majorité des cas, un acte réalisé en ambulatoire est tarifé au même niveau que le même acte traité en hospitalisation complète.

c) Appréciation au cas d'espèce

21. À titre liminaire, l'Autorité considère qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause la pratique décisionnelle qui ne distingue pas, au sein du marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, selon le caractère public ou privé des établissements concernés, comme l'ont d'ailleurs largement confirmé les résultats du test de marché.
22. À l'issue de l'analyse approfondie du marché à laquelle l'Autorité a procédé et compte tenu des réponses fournies dans le test de marché, il y a lieu de segmenter le marché en s'appuyant sur les autorisations listées dans le code de la santé publique et de compléter l'examen avec une analyse structurée autour des groupes de planification définis par l'Atih, afin de mieux refléter la structuration de l'offre des établissements de santé.

(i) *Segmentation en fonction des autorisations*

23. Tout d'abord, l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers fait l'objet d'un cadre fortement régulé : les établissements de santé doivent détenir des autorisations attribuées par les ARS pour pouvoir exercer les activités de soin énumérées dans l'article R. 6122-25 du code de la santé publique¹³. L'existence d'un système d'autorisations est de nature à structurer, au moins en partie, l'offre des établissements de santé. En effet, le nombre d'autorisations attribuées pour une activité de soins spécifique peut être limité. L'ARS d'Occitanie indique à ce titre que :

¹³ Les autorisations énumérées à l'article R.6122-25 concernent les activités de soin suivantes : (i) la médecine, (ii) la chirurgie, (iii) gynécologie-obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale ; (iv) psychiatrie, (v) soins de suite et de réadaptation, (vi) soins de longue durée ; (vii) greffes d'organes et greffes de cellules hématopoïétiques, (viii) traitement des grands brûlés, (ix) chirurgie cardiaque, (ix) activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie, (xi) neurochirurgie, (xii) activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie, (xiii) médecine d'urgence, (xiv) réanimation, (xv) traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extrarénale, (xvi) activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et activités biologiques de diagnostic prénatal, (xvii) traitement du cancer et (xviii) examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou identification d'une personne par empreintes génétiques à des fins médicales.

« [d]ans une logique de planification, l'ARS analyse les besoins de santé d'un territoire et les traduit en un schéma régional duquel découle un certain nombre d'autorisations formelles après décision du Directeur général de l'ARS. » En conséquence, les autorisations constituent pour certaines activités de soins des barrières à l'entrée significatives. Ces barrières à l'entrée sont particulièrement élevées lorsque les autorisations sont attribuées à un nombre limité d'acteurs au niveau du territoire de santé, comme dans le cas de la chirurgie cardiaque ou de la neurochirurgie.

24. Compte tenu de cette contrainte organisationnelle forte, l'Autorité considère que l'analyse concurrentielle doit tenir compte du système d'autorisations et qu'il n'est pas possible de s'affranchir de la segmentation par activité de soin autorisée.
25. Comme le soulignent toutefois les répondants au test de marché, une segmentation par autorisation ne permet pas d'analyser les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers avec un niveau de granularité suffisamment fin. En effet, si certaines autorisations concernent des champs étroits, comme la neurochirurgie ou le traitement des grands brûlés, d'autres portent sur un périmètre très large. Tel est le cas de la chirurgie, de la médecine et, dans une moindre mesure, de l'autorisation « gynécologie-obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale ».
26. En conséquence, au-delà d'un premier niveau de segmentation fondé sur l'article R. 6122-25 du code de la santé publique, il convient d'identifier des critères de segmentation complémentaires, en particulier pour les segments les plus larges (médecine, chirurgie et gynécologie-obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale) afin de tenir compte des besoins spécifiques propres à certains segments du marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, notamment en matière d'équipements et de qualification des professionnels de santé.

(ii) Segmentation par regroupement de groupes de planifications

27. Les éléments figurant dans le dossier mettent en évidence les limites d'une segmentation par CMD pour apprécier le fonctionnement des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers. Il ressort notamment des réponses aux tests de marché que, pour la majorité des opérateurs interrogés, cette segmentation par CMD ne reflète pas l'organisation des établissements de santé et conduit à regrouper au sein d'un même segment des actes relevant de spécialités bien distinctes.
28. L'Atih a développé, dans le cadre de sa mission relative à la collecte d'informations sur l'activité des établissements de santé, une nomenclature à quatre niveaux imbriqués fondée sur les groupes homogènes de malades (ci-après « GHM »). Ces derniers constituent un système de classification médicoéconomique des hospitalisations en médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie. Cette nomenclature exclut les activités de soins de suite et de réadaptation, de soins de longue durée, de psychiatrie et d'hospitalisation à domicile. Elle est construite sur quatre niveaux : (i) les groupes homogènes de malades (2588 « GHM ») (ii) les groupes d'activité (217 « GA »), (iii) les groupes de planification (83 « GP ») et (iv) les domaines d'activité (27 « DA »)¹⁴.
29. Les domaines d'activité constituent des groupes similaires aux CMD et incluent des regroupements larges (« affections du système nerveux » par exemple) mêlant médecine et

¹⁴ Sont inclus dans ces segmentations une ou plusieurs catégories relevant des séjours en erreur, c'est-à-dire des séjours pour lesquels les données remontées par les établissements de santé sont contradictoire ou insuffisantes. Ces catégories sont exclues des développements ci-dessous.

chirurgie. Ce niveau d'agrégation présente donc les mêmes limites que celles existantes pour les CMD. Les groupes de planification constituent en revanche une segmentation plus pertinente, puisqu'ils permettent l'identification, pour chaque groupe, de son rattachement à la chirurgie, la médecine ou à l'obstétrique. Par ailleurs, la granularité des groupes de planification rend possible l'identification et l'isolation des segments pour lesquels les autorisations d'activité sont structurantes (comme, par exemple, la neurochirurgie). Les groupes de planification permettent en outre de prendre en compte la logique d'autorisations et de spécialisation médicale et chirurgicale, puisque les GP distinguent, le plus souvent, les actes opératoires d'une part, et non-opératoires d'autre part.

30. Afin de refléter au mieux l'organisation de l'offre de soins des établissements, l'Autorité considère pertinent de regrouper les groupes de planification en catégories au sein desquelles une certaine substituabilité de l'offre peut être observée. À cet égard, il ressort des différents éléments figurant au dossier, notamment des regroupements de GP proposés par Elsan et des réponses au test de marché sur ce point, que les regroupements de GP suivants sont pertinents :

- appareil digestif incluant la chirurgie digestive majeure (œsophage, estomac, grêle, côlon, rectum), la chirurgie hépatobiliaire et pancréatique, la chirurgie viscérale autre (rate, grêle, colon), la proctologie, le traitement des hernies, les endoscopies digestives et biliaires avec ou sans anesthésie, l'hépto-gastro-entérologie (activités médicales) et l'hépto-gastro-entérologie, sans acte opératoire, avec anesthésie (activités interventionnelles) ;
- appareil locomoteur incluant les arthroscopies, les biopsies ostéo-articulaires, la chirurgie majeure de l'appareil locomoteur (hanche, fémur, genou, épaule), les chirurgies autres de l'appareil locomoteur et les amputations, la traumatologie avec acte classant non opératoire ou anesthésie et la traumatologie et ablation de matériel de l'appareil locomoteur ;
- rhumatologie ;
- appareil urinaire incluant les affections génito-urinaires avec acte classant non opératoire et endoscopies, les actes médicaux relatifs à l'appareil génital masculin, la chirurgie de l'appareil génital masculin, la chirurgie urologique et l'uro-néphrologie médicale (hors Séances) ;
- cardio-vasculaire incluant les affections cardio-vasculaire avec acte classant non opératoire, ou anesthésie, les affections cardio-vasculaires (actes interventionnels), les affections cardio-vasculaires (actes médicaux), cathétérismes vasculaires diagnostiques et interventionnels et stimulateurs et défibrillateurs cardiaques ;
- chirurgie esthétique et de confort (ce regroupement n'inclut que les groupes de chirurgie esthétique et de confort qui sont remboursés par l'assurance maladie) ;
- gynécologie incluant la chirurgie du sein, la chirurgie gynécologique, la gynécologie, la sénologie (hors obstétrique) ;
- IVG ;
- hématologie incluant la chirurgie pour affection des organes hématopoïétiques, lymphomes, leucémies, tumeurs de siège imprécis ou diffus et les maladies immunitaires, du sang, des organes hématopoïétiques, tumeurs de siège imprécis ou diffus ;
- dialyse incluant la dialyse en séance et hors séance ainsi que les aphérèses (ce dernier GP pouvant être inclus dans hématologie) ;
- neurochirurgie incluant la chirurgie du rachis et la neurochirurgie, les neurostimulateurs et les commotions cérébrales, traumatismes crâniens ;

- neurologie incluant la neurologie médicale et la neurologie médicale avec acte classant non opératoire, ou anesthésie (techniques interventionnelles) ;
- obstétrique incluant les accouchements par voie basse, les césariennes et les autres actes relevant de l'obstétrique ;
- ophtalmologie incluant la chirurgie ophtalmologique et greffe de cornée et l'ophtalmologie ;
- nouveau-nés et période périnatale incluant les affections médicales des nouveau-nés, prématurés et de la période périnatale, la chirurgie des nouveau-nés, prématurés et de la période périnatale et les mort-nés, décès et transferts précoces de nouveau-nés ;
- psychiatrie ;
- oxygénothérapie hyperbare, en séances ;
- chimiothérapie incluant la chimiothérapie (hors séances), la chimiothérapie pour tumeur et la chimiothérapie pour affection non tumorale ;
- radiothérapie incluant la radiothérapie et la radiothérapie hors séance ;
- chirurgie thoraco-vasculaire incluant la chirurgie majeure sur le thorax, l'appareil respiratoire, interventions sous thoracoscopie, la chirurgie vasculaire et la mise en place d'accès vasculaire ;
- chirurgie cardio-vasculaire incluant la chirurgie cardio-thoracique et les pontages aorto-coronariens ;
- pneumologie incluant les endoscopies bronchiques, avec ou sans anesthésie, les explorations nocturnes, les séjours de moins de 2 jours et la pneumologie ;
- endocrinologie incluant le groupe de planification Diabète, maladies métaboliques, endocrinologie (hors complications) ;
- chirurgie inter-spécialité incluant la chirurgie inter-spécialité et les parages de plaies, les greffes de peau et des tissus sous-cutanés ;
- médecine inter-spécialité incluant les affections et traumatismes de la peau et les gelures, les autres séjours sans acte, avec anesthésie, en ambulatoire (affections myéloprolifératives, peau, sein...), les douleurs chroniques, avec bloc ou infiltration, en ambulatoire, le traitement de la douleurs et les soins palliatifs, le traitement des effets nocifs (alcool, toxicologie, allergies), le GP « Fièvre, Infection, Septicémie, VIH », la médecine inter-spécialité, (autres symptômes ou motifs médicaux), le suivi thérapeutique d'affections connues (allergologie, rééducation, convalescence), les traumatismes, allergies et empoisonnements sans acte opératoire, avec anesthésie, en ambulatoire et les transfusions (ce dernier GP pouvant toutefois constituer un marché à part) ;
- spécialités rares incluant les brûlures (actes médicaux), les brûlures sans acte opératoire, avec anesthésie, en ambulatoire (actes interventionnels), la chirurgie pour brûlures, les greffe de moelle, auto et allogreffes de cellules souches et les traumatismes graves et multiples (deux GP) ;
- transplantation d'organes (hors greffe de moelle et cornée) ;
- ORL incluant le GP chirurgie ORL Stomato –interventions majeures sur la tête et le cou, le GP chirurgie ORL Stomato – autres interventions sur la tête et le cou et le GP « *Chirurgie de la thyroïde, parathyroïde, du tractus thyroglosse, endocrinologie* » ; et,

- stomatologie incluant le GP ORL-stomatologie avec actes classants non opératoires et endoscopie, le GP ORL Stomatologie et le GP chirurgie ORL Stomatologie – à l’exception des interventions majeures sur la tête et le cou et des autres interventions sur la tête et le cou.
31. Selon Elsan, les regroupements « ORL » et « stomatologie » devraient constituer un seul et même segment tandis que le GP « rhumatologie » devrait être regroupé avec « appareil locomoteur ». Cette position n’a toutefois pas été confirmée par l’instruction, en particulier par les réponses au test de marché. En tout état de cause, de tels regroupements n’étant pas de nature à modifier l’analyse concurrentielle des effets de l’opération, la question de leur pertinence peut être laissée ouverte.
 32. L’Autorité note enfin qu’un marché spécifique des services d’urgences pourrait être envisagé. Cependant, au cas d’espèce, l’opération n’entraîne aucun chevauchement sur cette activité dans la mesure où seule PGS dispose d’un service d’urgences¹⁵. La question de cette segmentation peut donc également être laissée ouverte.

(iii) Existence d’une segmentation distincte relative à la prise en charge en ambulatoire

33. La prise en charge ambulatoire se distingue de l’hospitalisation complète par un circuit spécifique pour le patient et une organisation adaptée de l’établissement. Il existe de plus des critères d’éligibilité relatifs aux actes et aux patients (état de santé, lieu de résidence, consentement, etc.).
34. Toutefois, l’acte chirurgical à proprement parler est identique pour ces deux modes de prise en charge et ne fait pas appel à des matériels ou des praticiens différents. Selon la DGOS, « *il y a substituabilité forte en chirurgie [entre un soin en ambulatoire et un soin en hospitalisation complète]. Le traitement des patients en ambulatoire est encouragé par les tutelles.* » La DGOS ajoute : « *[d]e plus en plus d’actes sont éligibles à l’ambulatoire à condition que l’établissement se dote d’une organisation adaptée et soit vigilant sur les critères d’éligibilité. Pour autant, il est important de relever que l’acte chirurgical est identique en chirurgie ambulatoire et en chirurgie avec hospitalisation complète.* »
35. De surcroît, la prise en charge en ambulatoire tend à se généraliser dans les établissements de santé, tant publics que privés. La DGOS relève à ce titre que « *la pratique de l’ambulatoire est devenue majoritaire en France depuis plusieurs années. Un objectif de 70 % de taux de chirurgie ambulatoire est fixé à horizon 2022.* »
36. La généralisation de la pratique ambulatoire implique que celle-ci ne constitue pas un élément de différenciation dans l’offre de soins des établissements de santé, contrairement, par exemple, aux spécialités exercées dans ces établissements. Elle tend à démontrer que l’organisation qu’un établissement de santé se doit d’adopter afin d’offrir ce type de prise en charge ne constitue pas une barrière à l’entrée. L’Autorité conclut ainsi à une substituabilité du côté de l’offre entre un acte réalisé en ambulatoire et un acte réalisé en hospitalisation complète, dans la mesure où ceux-ci sont identiques pour une pathologie donnée.
37. Par conséquent, une segmentation des marchés de l’offre de diagnostics et de soins hospitaliers entre prise en charge ambulatoire et prise en charge en hospitalisation complète n’est pas pertinente.

¹⁵ La clinique Kennedy abrite un service d’accueil médical non-programmé. Toutefois, cette activité est intégralement gérée par des praticiens libéraux qui y fournissent des prestations de consultation et n’est qu’hébergée par la clinique Kennedy, de sorte que ce service n’entre pas dans le périmètre de l’analyse développée ci-après.

d) Conclusion sur la définition des marchés de services

38. Sur la base des éléments développés ci-dessus, l'Autorité considère que le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers doit être segmenté, en premier lieu, sur la base des activités soumises à autorisations listées à l'article R. 6122-25 du code de la santé publique. Cette première segmentation large est nécessaire mais non-suffisante et doit être complétée, en second lieu, par une segmentation plus fine correspondant aux 29 regroupements de groupes de planification exposés au paragraphe 30.

2. DÉLIMITATION DES MARCHÉS GÉOGRAPHIQUES

39. La Commission européenne estime que les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers peuvent être de dimension locale, correspondant à des zones accessibles en trente minutes de trajet en voiture¹⁶.
40. Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité de la concurrence, tenant notamment compte des instruments de régulation utilisés par les ARS, a considéré que les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers peuvent être de dimension locale, départementale¹⁷ ou régionale. Ce périmètre est notamment fonction de la spécialité concernée¹⁸. Aucun élément figurant dans le dossier n'est de nature à remettre en cause cette approche.
41. S'agissant de la définition des zones locales, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations (ci-après, « les lignes directrices ») évoquent la possibilité de se référer au « *comportement réel des consommateurs sur une zone donnée à travers les informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients* » (paragraphe 366). Dans le cas présent, la partie notifiante a fait valoir que les données PMSI collectées par l'Atih¹⁹ permettraient de connaître précisément la provenance des patients des établissements des parties, par le biais de codes géographiques PMSI qui recouvrent largement les codes postaux ; ces données sont donc adéquates pour apprécier la délimitation géographique des zones de chalandise locale.
42. Les lignes directrices de l'Autorité ajoutent à ce même paragraphe que « *la zone de chalandise réelle d'un point de vente peut ainsi être assimilée à celle qui regroupe les consommateurs représentant un certain pourcentage du chiffre d'affaires de ce point de vente, ou à défaut, un certain pourcentage de l'ensemble des clients de ce point de vente. L'application de cette méthode « d'empreinte réelle » permet d'obtenir une photographie précise des clients sur lesquels le magasin exerce une attraction* ». L'Autorité s'appuie donc dans sa pratique sur des empreintes réelles qui consistent à agréger les zones géographiques de résidence des patients les plus proches de l'établissement étudié, ici les codes géographiques spécifiques PMSI, jusqu'à ce que l'ensemble des zones prises en compte représente 80 % des patients de l'établissement.
43. La partie notifiante a proposé une méthode alternative qu'elle a appelée « l'empreinte réelle par isochrone », par opposition à la méthode traditionnelle qu'elle a qualifiée d'empreintes réelles « par collection ». Cette méthode alternative correspond à une zone isochrone autour de l'établissement étudié, dont le rayon, en temps de parcours, correspond à la durée du trajet entre

¹⁶ Voir notamment les décisions COMP/M.7725, COMP/M.7221 et COMP/M.5805 précitées.

¹⁷ Le département correspond généralement au périmètre des nouveaux « territoires de démocratie sanitaire » définis par les ARS, qui remplacent les territoires de santé depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé.

¹⁸ Voir notamment les décisions n° 18-DCC-162, n° 17-DCC-95 et n° 15-DCC-146 précitées.

¹⁹ L'Atih est en charge du Programme de médicalisation des systèmes d'information (PMSI) qui est un dispositif qui collecte des informations quantifiées et standardisées sur les établissements, afin de mesurer l'activité et les ressources de ceux-ci. Le PMSI étant obligatoire pour tous les établissements depuis 2003, les données recueillies sont exhaustives.

l'établissement centre de zone et le centre du dernier code PMSI inclus dans l'empreinte réelle par collection.

44. Cette méthode alternative a pour avantage, selon Elsan, d'intégrer dans la zone de chalandise d'éventuels trous dans la zone d'empreinte réelle par collection, c'est-à-dire des codes PMSI relativement proches de l'établissement étudié mais dans lesquels ne réside aucun patient de l'établissement. Une telle absence de patients dans une zone peut, dans certains cas, s'expliquer par la présence d'un établissement concurrent, et il serait selon Elsan paradoxal de ne pas inclure cette zone géographique dans la zone de chalandise retenue, puisque cela pourrait conduire à ignorer la pression concurrentielle exercée par ce concurrent.
45. Toutefois, les avantages allégués de cette méthode alternative ne se concrétisent pas en l'espèce.
46. D'une part, la partie notifiante a indiqué dans une réponse à un questionnaire de l'Autorité qu'« *en l'espèce, les établissements étudiés présentent des patients dans presque tous les codes géographiques situés à proximité de ceux-ci* », ce qui implique qu'il n'y a peu ou pas de trous dans les empreintes réelles par collection des établissements concernés par l'opération.
47. D'autre part, la question de l'identification des établissements concurrents à ceux des parties est résolue par la méthode de calcul des parts de marché proposée par la partie notifiante, dite méthode « patients ». En effet, cette méthode, qui sera explicitée ci-après, construit les parts de marché sur la base du comportement réel des patients se situant dans la zone de chalandise retenue. Elle identifie comme concurrents l'ensemble des établissements qui sont effectivement fréquentés, de façon non marginale, par les patients résidant dans la zone de chalandise retenue, et permet une analyse relativement fine de la pression concurrentielle que peuvent exercer ces établissements concurrents puisque chacun n'est pris en compte qu'à hauteur de la proportion de patients résidant dans la zone de recrutement de l'établissement étudié qui se rendent effectivement dans l'établissement concurrent.
48. Au-delà, et plus fondamentalement, la méthode d'empreinte réelle par isochrone proposée par la partie notifiante n'est pas appropriée pour l'analyse d'une opération de concentration. En effet, l'objet d'une telle analyse consiste notamment à étudier la contrainte concurrentielle que les parties représentent l'une pour l'autre avant l'opération, cette contrainte étant amenée à disparaître après sa réalisation. Une telle contrainte concurrentielle se matérialise par le fait que, si une partie à l'opération dégrade son offre, une fraction des patients qui se seraient adressés à cette partie sans la dégradation d'offre décidera de ne pas aller dans l'établissement de cette partie et choisira, à la place, l'autre partie. La part des patients perdus par l'établissement qui a dégradé son offre mais qui, grâce à l'opération, restera quand même au sein de la nouvelle entité en se rendant chez l'autre partie, est le ratio de diversion entre les parties. Plus il est important, plus le risque d'effet unilatéral lié à l'opération est grand.
49. Or, la mesure des ratios de diversion doit être effectuée par référence à l'équilibre existant avant l'opération, puisqu'il s'agit d'étudier l'incitation liée à l'opération à dégrader l'offre des parties. L'analyse doit donc se référer à la patientèle réelle des parties avant l'opération.
50. Pour estimer les ratios de diversion, une première approche est de se référer aux parts de marché des parties²⁰. Toutefois, les parts de marché déterminées sur une zone d'empreinte réelle par isochrone ne permettent pas d'appréhender correctement les ratios de diversion, parce qu'une telle empreinte réelle par isochrone inclut des zones géographiques dans lesquelles les parties n'ont pas ou peu de patients avant l'opération. Ainsi, les patients de ces zones pèsent peu, avant

²⁰ Dans cette approche, le ratio de diversion entre un établissement A et un établissement B est égal au rapport entre la part de marché de l'établissement B et le total des parts de marché des établissements en dehors de l'établissement A. Cette approche est cependant perfectible puisqu'elle ne prend pas en compte la possible différenciation entre les différents offreurs sur le marché.

l'opération, dans le niveau des ratios de diversion entre les parties. Mais si ces zones représentent, globalement (et non pour les parties), beaucoup de patients, leur impact sur les parts de marché calculées sur l'empreinte réelle par isochrone peut être fort. Une telle situation remet en cause la pertinence des parts de marché déterminées sur les empreintes réelles par isochrone comme approximation des ratios de diversion entre les parties.

51. À l'inverse, les parts de marché déterminées avec les empreintes réelles par collection ne présentent pas cette difficulté, puisque de telles empreintes réelles n'incluent que des zones de résidence de patients contribuant significativement à l'activité des parties, sauf cas particulier²¹.
52. En conclusion, les avantages allégués de la méthode proposée par la partie notifiante ne se concrétisent pas en l'espèce. Cette méthode rend en outre inadéquates les parts de marché comme approximation des ratios de diversion entre les parties, paramètre important dans l'analyse d'une opération de concentration, compte tenu de la méthode de calcul des parts de marché proposée, qui repose sur les choix d'établissements des patients résidant dans les zones de chalandise. Ainsi, les zones de chalandise retenues aux fins des analyses locales seront les empreintes réelles par collection.

B. LE MARCHÉ DE LA MISE À DISPOSITION DES MÉDECINS LIBÉRAUX D'INFRASTRUCTURES NÉCESSAIRES À L'EXERCICE DE LEUR ACTIVITÉ

1. DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE SERVICES

53. Si les établissements de santé publics ou privés proposent une offre substituable du point de vue du patient, il apparaît que leur statut a une influence significative sur les conditions d'exercice de l'activité des médecins.
54. Les relations entre médecins et établissements publics relèvent très largement du cadre du marché du travail dans le secteur public. S'agissant en revanche de l'exercice d'une activité médicale dans un cadre libéral, les établissements de santé mettent à disposition des médecins qui souhaitent exercer sous ce régime les infrastructures qui sont nécessaires pour réaliser leurs actes de soins, en contrepartie d'une rémunération. Il convient de déterminer si cette relation entre l'établissement et le praticien est susceptible de constituer un marché.

Arguments de la partie notifiante

55. Selon Elsan, le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité doit, s'il existe, inclure indifféremment les établissements publics et privés. Elsan souligne à ce titre l'existence de praticiens bi-appartenants exerçant à la fois dans les cliniques des parties et le CHU de Nîmes, de même que la volonté des pouvoirs publics de décloisonner les carrières médicales.
56. Elsan considère de plus que le marché doit être segmenté sur la base des autorisations listées à l'article R. 6122-25 du code de la santé publique.

Appréciation au cas d'espèce

57. Les établissements de santé sont offreurs de capacités d'exercice d'une spécialité médicale, par le biais de la mise à disposition d'infrastructures et de la prestation de services médicaux (fourniture d'infirmiers et autres professions paramédicales) et non médicaux (services de

²¹ Une problématique peut apparaître dans le cas où des barrières économiques peuvent limiter l'extension d'une zone de chalandise dans l'une ou l'autre direction (par exemple si le trajet entre l'établissement centre de zone et une zone de résidence donnée inclut des portions d'autoroute payantes). Cependant, la partie notifiante a démontré l'absence de barrière économique significative dans le cas présent.

facturation par exemple), ainsi que, de manière implicite, des autorisations d'exercice des activités listées à l'article R. 6122-25. En effet, si ces dernières sont attachées aux établissements, l'exercice des activités autorisées dépend évidemment de la présence de médecins en mesure de les réaliser.

58. Il existe à cet égard une différence majeure entre les établissements de soins publics et privés. En effet, le praticien exerce en général dans un établissement public à titre salarié. À l'inverse, dans le cas d'un exercice libéral, ces différentes prestations sont fournies dans le cadre du contrat d'exercice libéral conclu entre le médecin et l'établissement de santé. En contrepartie, le médecin s'engage à verser à l'établissement une redevance permettant de rémunérer les moyens matériels et humains mis à disposition. Or, au sein des établissements privés, la quasi-totalité des médecins exercent dans un cadre libéral. Si les établissements publics ne sont pas *per se* exclus de ce marché, ils y sont toutefois actifs au seul titre de l'activité libérale, qui représente une partie très marginale de leur activité²². La présence des établissements publics sur ce marché est dès lors extrêmement limitée.
59. Par ailleurs, l'Autorité relève que certaines infrastructures de soins sont propres à des spécialités médicales déterminées, ce qui suggère la nécessité d'une segmentation de ce marché. Toutefois, au cas d'espèce, la question peut être laissée ouverte compte tenu de la position d'Elsan sur ce marché après l'opération.

2. DÉLIMITATION DU MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

Arguments de la partie notificante

60. Elsan considère que le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité est très probablement de dimension nationale et, *a minima*, étendu aux départements frontaliers du département dans lequel est situé l'établissement de santé en question. La partie notificante met en avant à ce titre les divers recrutements de médecins réalisés par les cliniques des parties exerçant antérieurement dans un département autre que le Gard.

Appréciation au cas d'espèce

61. D'un point de vue géographique, les médecins peuvent exercer sur l'ensemble du territoire national. Toutefois, pour exercer leur activité, ils doivent s'inscrire auprès du conseil départemental de l'ordre des médecins du lieu dans lequel ils souhaitent exercer à titre principal. Ainsi, pour exercer à titre principal dans les établissements des parties concernés par l'opération, les médecins doivent être inscrits auprès de l'ordre des médecins du Gard.
62. En outre, contrairement aux médecins non-installés, les médecins déjà établis sont géographiquement contraints dans le lieu d'exercice de leur activité. En effet, l'exercice libéral de la médecine implique pour le praticien la constitution d'une patientèle et d'un réseau d'adressage qui nécessitent pour être pérennisés certains investissements de moyens et de temps. Ce point a été largement confirmé lors de l'instruction, et, notamment, par la partie notificante lors de son audition par les services d'instruction le 3 décembre 2019.
63. L'Autorité considère donc qu'en l'espèce, le niveau géographique pertinent pour mener l'analyse des effets de l'opération sur ce marché est le département du Gard.

²² Voir « Portrait des professionnels de santé », DRESS, édition 2016, p. 33 et suivantes.

C. LE MARCHÉ DE LA CHIRURGIE ESTHÉTIQUE DE CONFORT

1. DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE SERVICES

64. Le code de la sécurité sociale définit une activité de chirurgie esthétique, parfois appelée « de confort », distincte du marché de l'offre de diagnostics et des soins hospitaliers, qui donne lieu à facturation, sans prise en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale.
65. L'Autorité de la concurrence a considéré que ce marché inclut l'ensemble de l'activité de chirurgie esthétique de confort, que celle-ci soit exercée au sein d'établissements de santé, de centres autonomes de chirurgie esthétique ou en cabinet libéral²³.
66. En tout état de cause, la question de l'existence d'un marché de la chirurgie esthétique de confort peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées, quelle que soit la délimitation retenue.

2. DÉLIMITATION DU MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

67. L'Autorité de la concurrence a retenu une dimension au moins régionale pour ce marché²⁴. En effet, compte tenu du prix généralement élevé des opérations de chirurgie esthétique de confort (qui inclut les frais d'hospitalisation et les honoraires des praticiens), du caractère programmé des interventions et de l'importance de la réputation des praticiens, la distance que les patients sont prêts à parcourir est plus longue que pour les actes de diagnostics et de soins hospitaliers.
68. En tout état de cause, la question de la définition exacte du marché de la chirurgie esthétique de confort peut être laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées, quelle que soit la délimitation retenue.

D. LE MARCHÉ DES SOINS DE SUITE ET DE RÉADAPTATION (SSR)

1. DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE SERVICES

69. Le marché de soins de suite et de réadaptation (ci-après, « SSR ») correspond à un marché de l'hébergement temporaire de personnes dépendantes notamment après une intervention chirurgicale. Dès lors, les centres de SSR proposent des soins très larges, tels que la rééducation fonctionnelle post-opératoire, la convalescence et le traitement des affections à évolution prolongée ou chroniques. Il est donc envisageable de s'interroger sur la possibilité d'une segmentation plus fine des centres de SSR en fonction des spécialités de soins²⁵.
70. La question de la délimitation exacte de ce marché sera toutefois laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées quelle que soit l'hypothèse envisagée.

²³ Voir les décisions n° 18-DCC-162 et n° 17-DCC-95 précitées.

²⁴ Voir les décisions n° 18-DCC-162 et n° 17-DCC-95 précitées.

²⁵ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 16-DCC-95 du 29 juin 2016 relative à la prise de contrôle conjoint d'actifs de la Fondation hospitalière Sainte Marie par MGEN et Harmonie Mutuelle, n° 14-DCC-132 du 15 septembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Colisée par le groupe Eurazeo, n° 14-DCC-22 du 21 février 2014 relative à la fusion-absorption de la société Médica par la société Korian, n° 10-DCC-179 du 13 décembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Mediter et Mieux-Vivre par la société Orpéa et n° 10-DCC-132 du 11 octobre 2010 relative à la création de deux entreprises communes par DomusVi et GDP Vendôme.

2. DÉLIMITATION DU MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

71. La pratique décisionnelle²⁶, tout en laissant la question ouverte, a envisagé une analyse du marché des centres de SSR au niveau régional, les centres de SSR étant placés sous la tutelle des ARS qui planifient leurs capacités d'accueil.
72. La question de la délimitation exacte du marché de SSR peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées quelles que soient les délimitations retenues.

III. Analyse concurrentielle

73. Afin de procéder à l'analyse des effets concurrentiels de la présente opération, il convient tout d'abord de définir le contrefactuel qui doit être retenu pour apprécier les conséquences de l'opération sur les différents marchés concernés (A). Seront ensuite analysés les effets de l'opération successivement sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers (B), de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité (C) et de la chirurgie esthétique de confort (D). Dans la mesure où l'opération conduit à renforcer la position d'Elsan sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, il est nécessaire d'examiner les effets verticaux susceptibles de résulter de l'opération sur le marché des soins de suite et de réadaptation, sur lequel Elsan est également actif (E). Enfin, sera analysé le risque de création ou de renforcement de la puissance d'achat d'Elsan s'agissant des achats médicaux (F).

A. CONTREFACTUEL PERTINENT

74. Au cours de l'instruction, Elsan a fait état de l'existence de difficultés financières rencontrées par son unique établissement de médecine, chirurgie et obstétrique situé à Nîmes, la clinique Kennedy. Dans ce contexte, sur le fondement du paragraphe 561 des lignes directrices, Elsan a invoqué l'exception dite de l'entreprise défaillante s'agissant de cette clinique, en soulignant qu'en l'absence de réalisation de l'opération, celle-ci disparaîtrait.
75. Selon le paragraphe 561 des lignes directrices, « *dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité de la concurrence peut envisager d'autoriser l'opération même si elle porte atteinte à la concurrence* ».
76. Toutefois, dans le cas d'espèce, les difficultés alléguées pèsent non pas sur l'entreprise reprise, à savoir HSM, mais sur l'un des établissements de l'acquéreur. En conséquence, l'exception de l'entreprise défaillante n'est pas applicable.
77. En revanche, si l'hypothèse d'une fermeture de la clinique Kennedy présentait un degré de certitude suffisant, ce fait devrait être retenu au cas d'espèce au titre du scénario contrefactuel servant de base à l'analyse des effets concurrentiels de l'opération.

²⁶ Voir notamment les décisions n° 16-DCC-95, n° 14-DCC-22, n° 10-DCC-179 et n° 10-DCC-132 précitées.

1. ARGUMENTS DE LA PARTIE NOTIFIANTE

78. Elsan avance que compte tenu des difficultés financières auxquelles fait face la Polyclinique Kenval, entité regroupant la clinique Kennedy et la clinique Valdegour, la clinique Kennedy fermerait en l'absence de l'opération.
79. Au soutien de sa position, Elsan met tout d'abord en avant [confidentiel].
80. La partie notifiante souligne également [confidentiel].
81. [Confidentiel].
82. En outre, selon Elsan, en l'absence de réalisation de l'opération, les perspectives de redressement de la Polyclinique Kenval seraient très limitées. [Confidentiel].

2. APPRÉCIATION AU CAS D'ESPÈCE

83. Tout d'abord, l'Autorité relève que les difficultés financières de la clinique Kennedy durent depuis plusieurs années et préexistent à l'acquisition par Elsan de la Polyclinique Kenval dans le cadre de la prise de contrôle exclusif du groupe Médipôle Partenaires par la partie notifiante en 2017. Toutefois, il ressort de l'analyse de la comptabilité de la société Polyclinique Kenval que, depuis sa prise de contrôle par Elsan, son chiffre d'affaires a augmenté de [0-10] % entre 2017 et 2019 et que ses pertes au titre de l'excédent brut d'exploitation ont été presque [confidentiel]²⁷.
84. Ensuite, l'Autorité constate qu'au titre de l'article L. 225-248 du code de commerce, lorsque les capitaux propres d'une société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, celle-ci est tenue de convoquer une assemblée générale extraordinaire afin de décider s'il y a lieu de procéder à la dissolution anticipée de la société. Si une telle décision n'est pas prise, la société dispose de deux ans pour rétablir la situation ou décider de réduire son capital social. En l'espèce, les capitaux propres de la Polyclinique Kenval sont inférieurs à la moitié de son capital social depuis 2016. [Confidentiel].
85. [Confidentiel]. De plus, si depuis le [confidentiel], tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société, il convient de souligner que cette dissolution ne s'opérerait pas de plein droit. Le tribunal peut en effet accorder un délai, allant jusqu'à six mois, à la société pour régulariser sa situation étant précisé que la dissolution ne peut être prononcée si, au jour où il est statué au fond, la régularisation a eu lieu.
86. [Confidentiel].
87. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère que le scénario de la fermeture de la clinique Kennedy en l'absence de réalisation de l'opération ne présente pas un caractère suffisamment certain pour être pris en compte en tant que scénario contrefactuel.
88. En conséquence, pour analyser les effets de la présente opération sur les différents marchés concernés, il y a lieu de se référer à la situation dans laquelle l'acquéreur exploite, sur le territoire nîmois, la clinique Kennedy.

²⁷ [Confidentiel].

B. ANALYSE DES EFFETS DE L'OPÉRATION SUR LES MARCHÉS DE L'OFFRE DE DIAGNOSTICS ET DE SOINS HOSPITALIERS

1. MÉTHODOLOGIE DE CALCUL DE PARTS DE MARCHÉ

a) Sur l'indicateur pertinent pour calculer les parts de marché des parties et de leurs concurrents

89. Dans les décisions précédentes relatives aux marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, les positions des opérateurs ont été déterminées en fonction du nombre de séjours réalisés au sein des établissements de santé de la zone considérée.

Arguments de la partie notificante

90. Elsan considère que les parts de marché des établissements de santé doivent être calculées sur la base de la durée des séjours réalisés, et non de leur nombre, dans la mesure où les revenus d'une clinique sont principalement dépendants de la durée du séjour effectué par le patient, plutôt que de la réalisation d'un acte au cours du séjour effectué par le patient. De plus, cet indicateur serait mieux à même de mettre en lumière le chiffre d'affaires réalisé par un établissement *via* la fourniture de prestations annexes, étant précisé que la pratique décisionnelle a identifié, pour ces prestations, l'existence de risques tarifaires liés à la concentration d'opérateurs actifs sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers²⁸.
91. Par ailleurs, Elsan estime que, du point de vue du patient, la durée anticipée du séjour est prise en compte lorsqu'il choisit l'établissement dans lequel il se rendra pour recevoir des soins. Elsan avance en substance que plus un acte implique un séjour long, plus le patient consentirait à effectuer un trajet long.

Appréciation au cas d'espèce

92. Compte tenu des éléments déterminants des revenus des établissements de soins, des caractéristiques comparées des établissements privés et publics ou des indicateurs mis en avant pour décrire les établissements de soins, il y a lieu de privilégier une mesure des parts de marché en nombre de séjours plutôt qu'en durée des séjours.
93. Tout d'abord, il convient de souligner que la rémunération des établissements de santé au titre de la réalisation d'actes de diagnostics et de soins est tributaire du nombre d'actes et non de la durée du séjour lié à un acte précis. En effet, la dotation reçue pour chaque séjour par un établissement de santé dans le cadre de la T2A est principalement forfaitaire : elle correspond à une estimation du coût moyen de ce type de séjour, lequel s'appuie sur une durée moyenne de séjour correspondant à l'acte considéré.
94. Ensuite, les revenus des prestations pour exigences exceptionnelles sont accessoires à ceux liés à la réalisation d'actes de soins. Les revenus liés aux soins représentent d'ailleurs la majeure partie des revenus des établissements de soins (environ [80-90] % en l'espèce tant pour l'acquéreur que pour la cible). Les revenus liés aux prestations pour exigences particulières (telles que les prestations hôtelières), qui, eux, sont effectivement proportionnels à la durée du séjour, ne représentent donc qu'une part limitée du revenu final des établissements de santé. Ils sont en tout état de cause dépendants de l'existence même d'un acte de soins.
95. Cette position est d'ailleurs confirmée par la quasi-totalité des répondants au test de marché qui ont estimé que l'indicateur pertinent aux fins de calculer les positions d'un établissement de

²⁸ Voir, par exemple, la décision n° 17-DCC-95 précitée.

santé sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers est le nombre de séjours réalisés dans ces établissements et non leur durée.

96. En conséquence, les parts de marché des parties et de leurs concurrents seront calculées sur la base du nombre de séjours réalisés par les établissements concernés.

b) Sur la méthode de calcul de part de marché

97. La pratique décisionnelle relative aux marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers calcule les positions des établissements de santé concernés sur la base du nombre de séjours réalisés au sein des établissements présents dans la zone géographique concernée (ci-après, « méthode standard »).

Arguments de la partie notifiante

98. Au cours de l'instruction, la partie notifiante a proposé l'emploi d'une méthode consistant à calculer les positions des parties et de leurs concurrents dans une zone géographique donnée sur la base des séjours réalisés par les patients résidant dans cette zone (ci-après, « méthode patients »). Selon cette méthode, les parts de marché sont calculées en prenant en compte les patients résidant dans la zone géographique concernée et intègrent tous les établissements dans lesquels lesdits patients se sont rendus, y compris les établissements qui ne se situent pas dans cette zone géographique. À l'inverse, ne sont pas pris en compte les séjours réalisés par des patients ne résidant pas dans la zone géographique concernée, quand bien même l'établissement est situé dans cette zone géographique.
99. Au soutien de cette méthode, Elsan met en avant le fait qu'elle permet d'identifier précisément les établissements au sein desquels se rendent les patients résidant dans une zone et témoigne dès lors plus correctement de la pression concurrentielle entre les établissements concernés. Elsan souligne en outre la spécificité du secteur de l'offre de soins, pour lequel les données nécessaires à l'application d'une telle méthode sont complètes et accessibles.
100. De plus, selon Elsan, la prise en compte des flux sortants, permise par la méthode « patients », est plus pertinente pour appréhender la patientèle potentielle des établissements.

Appréciation au cas d'espèce

101. Le point 367 des lignes directrices souligne que « *le calcul des parts de marché sur des zones de chalandise locales peut être sensible à des effets de seuil. L'Autorité vérifie s'il convient d'intégrer des concurrents situés au-delà de la zone de chalandise mais dont il peut être démontré qu'ils exercent une pression concurrentielle importante sur la zone. Elle peut aussi avoir recours à des méthodes plus sophistiquées susceptibles de répondre à ce problème, et qui apportent un éclairage complémentaire. Ainsi, il est possible de calculer les parts de marché du point de vue de chacun des clients, réels ou hypothétiques, de la zone de chalandise analysée (c'est-à-dire dans une zone centrée sur ce client et de rayon identique à celui de la zone de chalandise), puis d'agréger ces parts de marché avec une pondération appropriée* [note de bas de page non reproduite]. »
102. La méthode « patients » a pour principale caractéristique d'analyser le comportement des patients situés dans la zone de recrutement des établissements de soins étudiés. Elle a pour avantage de prendre en compte l'ensemble des établissements fréquentés par les patients résidant cette zone, et, en cela, identifie comme concurrents l'ensemble des établissements qui sont effectivement fréquentés, de façon non marginale, par les patients les plus susceptibles de se faire soigner dans les cliniques de Nîmes et d'Alès. Elle permet une analyse relativement fine de la pression concurrentielle que peuvent exercer ces établissements concurrents puisque chacun n'est pris en compte qu'à hauteur de la proportion de patients résidant dans la zone de

recrutement de l'établissement étudié qui se rendent effectivement dans l'établissement concurrent.

103. La méthode « patients » doit toutefois être mise en œuvre avec certaines précautions.
104. En particulier, elle ne doit pas conduire à considérer automatiquement comme concurrent tout établissement dans lequel se serait rendu un patient résidant dans la zone de recrutement des cliniques de Nîmes et d'Alès. Afin que la part de marché en méthode « patients » ne prenne pas en compte des établissements dont la fréquentation ne révèle aucun arbitrage concurrentiel²⁹, et donc aucun pouvoir disciplinant sur les cliniques de Nîmes et d'Alès, il est nécessaire de ne considérer dans le calcul des parts de marché comme établissements concurrents que ceux qui sont fréquentés de façon non marginale par les patients résidant dans la zone de recrutement des cliniques de Nîmes et d'Alès.
105. Compte tenu de ces éléments, et en raison de la spécificité de la présente affaire qui concerne un secteur dans lequel l'accès aux données de base pour calculer ces parts de marché est aisé, l'Autorité considère que l'analyse concurrentielle de l'opération doit être effectuée sur la base de la méthode « patients » telle que décrite ci-avant.

2. POSITION DE LA NOUVELLE ENTITÉ SUR LES AUTORISATIONS

a) Au niveau régional

106. Les parts de marché de la nouvelle entité relatives aux autorisations au niveau régional sont les suivantes.

	Ancienne région Languedoc-Roussillon			Région Occitanie		
	HSM	Elsan	Nouvelle entité	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Médecine	[5-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Chirurgie	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[20-30] %
Obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Chirurgie cardiaque	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	[5-10] %	[10-20] %	[10-20] %
Activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[20-30] %
Neurochirurgie	[5-10] %	-	[5-10] %	[0-5] %	-	[0-5] %

²⁹ Par exemple parce qu'un résident de cette zone a effectué un voyage lors duquel il a rencontré un problème de santé nécessitant une intervention qu'il a faite sur les lieux de son voyage.

	Ancienne région Languedoc-Roussillon			Région Occitanie		
	HSM	Elsan	Nouvelle entité	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie	-	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Médecine d'urgence	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Traitement de l'insuffisance rénale chronique par épuration extrarénale	-	[10-20] %	[10-20] %	-	[10-20] %	[10-20] %
Activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et activités biologiques de diagnostic prénatal	-	[10-20] %	[10-20] %	-	[10-20] %	[10-20] %
Traitement du cancer	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %

107. La nouvelle entité disposera de parts de marché supérieures à 25 % uniquement sur le marché géographique de l'ancienne région Languedoc-Roussillon et pour certains types d'autorisations. Toutefois, ces parts de marché resteront modérées, la part de marché la plus importante s'élevant à [30-40] % pour la chirurgie cardiaque.

b) Au niveau départemental

Les parts de marché de la nouvelle entité relatives aux autorisations au niveau du département sont les suivantes.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Médecine	[20-30] %	[5-10] %	[20-30] %
Chirurgie	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Chirurgie cardiaque	[50-60] %	-	[50-60] %
Activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie	[30-40] %	[5-10] %	[40-50] %
Neurochirurgie	[20-30] %	-	[20-30] %

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie*	[50-60] %	-	[50-60] %
Médecine d'urgence	[5-10] %	-	[5-10] %
Activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et activités biologiques de diagnostic prénatal	-	[10-20] %	[10-20] %
Traitement du cancer	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %

Note de lecture : Dans le cas des autorisations marquées d'un astérisque (*), les données n'ont pas permis la détermination des parts de marché en fonction de la méthode « patients ». Les parts de marché sont donc celles déterminées à partir de la méthode standard.

108. L'opération conduira à une augmentation significative des parts de marché relatives à l'autorisation de chirurgie ([40-50] % avec une addition de parts de marché de [10-20] points), d'obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale ([30-40] % avec une addition de parts de marché de [10-20] points) et activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie ([40-50] % avec une addition de parts de marché de [5-10] points). La part de marché sur l'autorisation de médecine dépassera pour sa part 25 % à la suite de l'opération.

c) Au niveau local

(i) *Polyclinique du Grand Sud (PGS)*

109. Les parts de marché de la nouvelle entité relatives aux autorisations dans l'empreinte réelle par collection autour de PGS sont les suivantes.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Médecine	[10-20] %	[5-10] %	[20-30] %
Chirurgie	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Médecine d'urgence	[10-20] %	-	[10-20] %
Traitement du cancer	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %

110. L'opération entraînera une augmentation significative de la part de marché de la nouvelle entité sur les autorisations relatives à la chirurgie ([40-50] % avec une addition de parts de marché de [10-20] points) et à l'obstétrique ([40-50] % avec une addition de parts de marché de [10-20] points). La part de marché sur l'autorisation de médecine dépassera pour sa part 25 % à la suite de l'opération.

(ii) *Hôpital privé les Franciscaines (HPF)*

111. Les parts de marché de la nouvelle entité relatives aux autorisations dans l'empreinte réelle par collection autour de HPF sont les suivantes.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
--	-----	-------	-----------------

Médecine	[20-30] %	[5-10] %	[20-30] %
Chirurgie	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Chirurgie cardiaque	[60-70] %	-	[60-70] %
Activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie	[40-50] %	[0-5] %	[40-50] %
Neurochirurgie*	[50-60] % (30 minutes) [10-20] % (60 minutes)	-	[50-60] % (30 minutes) [10-20] % (60 minutes)
Activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie*	[50-60] % (30 minutes) [0-5] % (60 minutes)	-	[50-60] % (30 minutes) [0-5] % (60 minutes)
Traitement du cancer	[0-5] %	[10-20-] %	[10-20] %

Note de lecture : Dans le cas des autorisations marquées d'un astérisque (*), les données n'ont pas permis la détermination de l'empreinte réelle par collection. Dans ce cas, les parts de marché sont celles calculées sur l'isochrone à 30 et 60 minutes

112. L'opération entraînera une augmentation significative de la part de marché de la nouvelle entité sur l'autorisation relative à la chirurgie ([40-50] % avec une addition de parts de marché de [10-20] points). La part de marché sur les autorisations de médecine et d'activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie dépasseront pour leur part 25 % à la suite de l'opération, avec une addition de part de marché limitée pour l'autorisation d'activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie.

(iii) Nouvelle Clinique Bonnefon (NCB)

113. Les parts de marché de la nouvelle entité relatives aux autorisations dans l'empreinte réelle par collection autour de NCB sont les suivantes.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Médecine	[20-30] %	[0-5] %	[30-40] %
Chirurgie	[40-50] %	[5-10] %	[50-60] %
Obstétrique, néonatalogie, réanimation néonatale	[0-5] % (30 minutes) [10-20] % (60 minutes)	[10-20] % (60 minutes)	[0-5] % (30 minutes) [20-30] % (60 minutes)
Activités interventionnelles sous imagerie médicale, par voie endovasculaire, en cardiologie	[30-40] %	-	[30-40] %
Médecine d'urgence	[10-20] %	-	[10-20] %
Traitement du cancer	[0-5] %	[0-5] %	[5-10] %

Note de lecture : Dans le cas des autorisations marquées d'un astérisque (*), les données n'ont pas permis la détermination de l'empreinte réelle par collection. Dans ce cas, les parts de marché sont celles calculées sur l'isochrone à 30 et 60 minutes

114. L'opération entraînera une augmentation significative de la part de marché de la nouvelle entité sur l'autorisation relative à la chirurgie ([50-60] % avec une addition de parts de marché de [5-10] points).
115. S'agissant en revanche de l'autorisation de médecine, la part de marché de la nouvelle entité dépasse 25 %, mais avec une addition de part de marché inférieure à deux points. Sur l'autorisation d'obstétrique, néonatalogie et réanimation néonatale, les activités des parties se chevauchent uniquement en prenant en compte une isochrone de 60 minutes et pour une part de marché cumulée très proche de 25 %.

d) Conclusion

116. L'opération permettra donc à Elsan d'acquérir au niveau départemental et au niveau infra départemental trois nouvelles autorisations : (i) chirurgie cardiaque, (ii) neurochirurgie et (iii) activités interventionnelles par voie endovasculaire en neuroradiologie. Les parts de marché rattachées à ces autorisations sont le plus souvent significatives (proches ou supérieures à 50 %).
117. La nouvelle entité renforcera également sa position sur la chirurgie avec des parts de marché supérieures à 40 % et des additions de parts de marché quasiment systématiquement supérieures à 10 points, que l'on raisonne au niveau départemental ou à celui des zones locales autour des cliniques de la cible.

3. POSITION DE LA NOUVELLE ENTITÉ SUR LES REGROUPEMENTS PAR GROUPES DE PLANIFICATION

a) Au niveau régional

118. Au niveau régional, les parties ne sont pas simultanément présentes sur les marchés de la dialyse, de la transplantation d'organe, de la psychiatrie, de la radiothérapie et de l'oxygénation en caisson hyperbare. Le tableau ci-dessous donne les parts de marché combinées des parties sur les segments où leurs activités se recouvrent.

	Ancienne région Languedoc-Roussillon			Région Occitanie		
	HSM	Elsan	Nouvelle entité	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Appareil digestif	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	[20-30] %
Appareil locomoteur	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Appareil urinaire	[5-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %	[20-30] %
Cardiovasculaire	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Chimiothérapie	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Chirurgie cardiaque	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %	[5-10] %	[10-20] %	[10-20] %
Chirurgie inter-spécialité	[5-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[20-30] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %

	Ancienne région Languedoc-Roussillon			Région Occitanie		
	HSM	Elsan	Nouvelle entité	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Endocrinologie	[0-5] %	[5-10] %	[5-10] %	[0-5] %	[5-10] %	[5-10] %
Gynécologie	[0-5] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[20-30] %
Hématologie	[5-10] %	[5-10] %	[10-20] %	[0-5] %	[5-10] %	[10-20] %
IVG	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Médecine inter-spécialité	[0-5] %	[5-10] %	[10-20] %	[0-5] %	[5-10] %	[5-10] %
Neurochirurgie	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[0-5] %	[0-5] %	[5-10] %
Neurologie	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Nouveau-nés et période périnatale	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Obstétrique	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Ophthalmologie	[5-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[0-5] %	[20-30] %	[20-30] %
ORL	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Pneumologie	[0-5] %	[5-10] %	[10-20] %	[0-5] %	[5-10] %	[10-20] %
Rhumatologie	[5-10] %	[0-5] %	[5-10] %	[0-5] %	[0-5] %	[5-10] %
Spécialités rares*	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Stomatologie	[5-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %

Note de lecture : En raison du nombre limité de séjours sur le regroupement « spécialités rares », la part de marché sur ce regroupement est calculée selon la méthode établissements

119. Au niveau de la région Occitanie, la part de marché cumulée des parties dépassera légèrement 25 % sur les segments de l'appareil digestif et l'appareil urinaire.
120. Par ailleurs, la nouvelle entité disposera de parts de marché supérieures à 25 % dans l'ancienne région Languedoc-Roussillon sur les segments de l'appareil digestif, l'appareil urinaire, la chirurgie cardiaque, la chirurgie inter-spécialité, la chirurgie thoraco-vasculaire, la gynécologie, l'ophtalmologie et l'ORL. L'opération engendrera un renforcement particulièrement sensible de la nouvelle entité sur les segments de l'ophtalmologie, la chirurgie thoraco-vasculaire, la chirurgie inter-spécialité, la chirurgie cardiaque et l'appareil digestif avec des additions de parts de marché supérieures à huit points.
121. Dans cette zone géographique, la nouvelle entité fera face principalement à la concurrence des établissements de santé publics.
122. En conséquence, au niveau régional, l'opération permettra de renforcer la position de la nouvelle entité, sans pour autant modifier significativement la structure de la concurrence sur ces marchés marqués par une offre importante des établissements de santé publics et par

l'importance du groupe Elsan avant l'opération, puisqu'il constituait déjà le premier acteur privé régional.

b) Au niveau départemental

123. Au niveau départemental, les parties ne sont pas simultanément présentes sur les segments de la dialyse, de la psychiatrie, de la radiothérapie, de la transplantation d'organes, des spécialités rares, de l'oxygénation en caisson hyperbare et de la chirurgie cardiaque.
124. Les parts de marché cumulées des parties sur les différents marchés sur lesquels il existe un chevauchement horizontal sont les suivantes :

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Appareil digestif	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %
Appareil locomoteur	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %
Appareil urinaire	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Cardiovasculaire	[20-30] %	[5-10] %	[30-40] %
Chimiothérapie	[0-5] %	[10-20] %	[10-20] %
Chirurgie inter-spécialité	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	[30-40] %	[0-5] %	[40-50] %
Endocrinologie	[0-5] %	[0-5] %	[5-10] %
Gynécologie	[10-20] %	[20-30] %	[40-50] %
Hématologie	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %
IVG	[10-20] %	[5-10] %	[20-30] %
Médecine inter-spécialité	[5-10] %	[0-5] %	[10-20] %
Neurochirurgie	[30-40] %	[5-10] %	[30-40] %
Neurologie	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Nouveau-nés et période périnatale	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Obstétrique	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %
Ophtalmologie	[30-40] %	[10-20] %	[50-60] %
ORL	[20-30] %	[5-10] %	[30-40] %
Pneumologie	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %
Rhumatologie	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %
Stomatologie	[30-40] %	[5-10] %	[40-50] %

125. Au niveau du département, la nouvelle entité disposera de parts de marché cumulées supérieures à 25 % sur les segments des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers relatifs à l'appareil digestif, l'appareil locomoteur, l'appareil urinaire, aux actes cardiovasculaires, à la chirurgie inter-spécialité, à la chirurgie thoraco-vasculaire, à la gynécologie, à l'hématologie, à l'IVG, à la neurochirurgie, aux nouveau-nés et à la période périnatale, à l'obstétrique, l'ophtalmologie, à l'ORL et à la stomatologie. L'opération conduira à un renforcement particulièrement sensible de la position de la nouvelle entité sur les segments de l'appareil digestif, l'appareil locomoteur, l'appareil urinaire, de la chirurgie inter-spécialité, de la gynécologie, de l'IVG, des activités de soins relatives aux nouveau-nés et à la période périnatale, de l'obstétrique et de l'ophtalmologie avec des additions de parts de marché supérieures à [5-10] points.
126. Il convient de noter que les parts de marché dépassent 40 % sur les segments relatifs à l'appareil digestif, l'appareil locomoteur, la chirurgie inter-spécialité, la chirurgie thoraco-vasculaire, la gynécologie, l'ophtalmologie et la stomatologie.

127. À l'issue de l'opération, la nouvelle entité sera le premier offreur de soin sur les segments de l'appareil digestif, de l'appareil locomoteur, de l'appareil urinaire, de la chirurgie thoraco-vasculaire, de la chirurgie inter-spécialité, de la gynécologie, de l'hématologie, de la neurochirurgie, des activités de soins relatives aux nouveau-nés et à la période périnatale, de l'ophtalmologie et de la stomatologie.
128. Sur ces différents marchés, la nouvelle entité fera principalement face à la concurrence des différents établissements publics présents dans le département du Gard, les acteurs privés disposant de parts de marché systématiquement inférieures à 10 % sur les segments où la nouvelle entité disposera d'une part de marché supérieure à 25 %.
129. En conséquence, au niveau départemental, l'opération permettra de renforcer significativement la position de la nouvelle entité, qui deviendra sur certains segments le principal offreur de soins hospitaliers. L'opération conduira également à renforcer dans le département du Gard une structure d'offre en duopole avec d'une part, l'offre publique composée des différents CH et CHU, et d'autre part, l'offre du groupe Elsan.

c) Au niveau local

(i) *Polyclinique du Grand Sud (PGS)*

130. Outre les marchés sur lesquels les parties ne sont pas simultanément présentes au niveau du département, les parties ne se chevauchent pas sur le segment de la chirurgie cardiaque dans l'empreinte réelle de PGS.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Appareil digestif	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %
Appareil locomoteur	[30-40] %	[5-10] %	[40-50] %
Appareil urinaire	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Cardiovasculaire	[20-30] %	[5-10] %	[30-40] %
Chimiothérapie	[0-5] %	[10-20] %	[20-30] %
Chirurgie inter-spécialité	[20-30] %	[5-10] %	[30-40] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %
Endocrinologie	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Gynécologie	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Hématologie	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %
IVG	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %
Médecine inter-spécialité	[5-10] %	[0-5] %	[10-20] %
Neurochirurgie	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %
Neurologie	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Nouveau-nés et période périnatale	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Obstétrique	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Ophtalmologie	[30-40] %	[10-20] %	[50-60] %
ORL	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %
Pneumologie	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %
Psychiatrie	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Rhumatologie	[10-20] %	[0-5] %	[20-30] %
Stomatologie	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %

131. La nouvelle entité disposera de parts de marché supérieures à 25 % sur les segments suivants : appareil digestif, appareil locomoteur, appareil urinaire, cardiovasculaire, chirurgie inter-spécialité, chirurgie thoraco-vasculaire, gynécologie, IVG, neurochirurgie, nouveau-nés et période périnatale, obstétrique, ophtalmologie, ORL et stomatologie. La part de marché de la nouvelle entité dépassera 40 % sur les segments relatifs à l'appareil digestif, l'appareil locomoteur, l'obstétrique et l'ophtalmologie.
132. À l'issue de l'opération, la nouvelle entité sera le premier offreur de soins dans l'empreinte réelle de PGS pour l'offre de soins relative à l'appareil digestif, l'appareil locomoteur, l'appareil urinaire, la chirurgie inter-spécialité, la chirurgie thoraco-vasculaire, la gynécologie, la neurochirurgie, aux nouveau-nés et la période périnatale, l'ophtalmologie et la stomatologie, avec une addition de parts de marché le plus souvent supérieure à [5-10] points.
133. Sur ces segments, le concurrent principal de la nouvelle entité est le CHU de Nîmes, les groupes d'établissements de santé concurrents privés ayant sur la majorité des segments affectés des parts de marché inférieures à 10 %. Le tableau ci-dessous identifie, pour chaque segment de marché sur lequel la nouvelle entité détiendra une part de marché supérieure à 25 %, les trois principaux opérateurs concurrents des parties.

	Concurrent 1	Concurrent 2	Concurrent 3
Appareil digestif	CHU de Nîmes [10-20] %	Clinipole [10-20] %	OC Santé [5-10] %
Appareil locomoteur	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [10-20] %	OC Santé [5-10] %
Appareil urinaire	CHU de Nîmes [20-30] %	CHU de Montpellier [5-10] %	Clinipole [5-10] %
Cardiovasculaire	CHU de Nîmes [30-40] %	CHU de Montpellier [5-10] %	Clinipole [5-10] %
Chirurgie inter-spécialité	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [20-30] %	CHU de Montpellier [10-20] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [10-20] %	OC Santé [0-5] %
Gynécologie	CHU de Nîmes [30-40] %	OC Santé [10-20] %	Institut du Cancer de Montpellier [5-10] %
IVG	CHU de Nîmes [40-50] %	CHU de Montpellier [5-10] %	OC Santé [0-5] %
Neurochirurgie	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [5-10] %	OC Santé [5-10] %
Nouveau-nés et période périnatale	CHU de Nîmes [20-30] %	CH d'Arles [5-10] %	CH d'Alès [5-10] %
Obstétrique	CHU de Nîmes [40-50] %	OC Santé [5-10] %	CHU de Montpellier [5-10] %
Ophtalmologie	CHU de Nîmes [5-10] %	Clinipole [5-10] %	OC Santé [5-10] %
ORL	CHU de Nîmes [40-50] %	CHU de Montpellier [10-20] %	Clinipole [5-10] %

	Concurrent 1	Concurrent 2	Concurrent 3
Stomatologie	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [10-20] %	Cap Santé [0-5] %

134. En conséquence, dans l’empreinte réelle de PGS, l’opération se traduira par un renforcement significatif du groupe Elsan dans de nombreuses spécialités. Elle conduira à une modification sensible de l’équilibre concurrentiel des marchés, dans la mesure où elle conduit à la disparition de l’un des principaux acteurs privés dans cette zone.

(ii) Hôpital Privé les Franciscaïnes (HPF)

135. Outre les marchés sur lesquels les parties ne sont pas simultanément présentes au niveau du département, les parties ne se chevauchent pas sur les segments de la chirurgie cardiaque et de l’IVG dans l’empreinte réelle de HPF.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Appareil digestif	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %
Appareil locomoteur	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Appareil urinaire	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Cardiovasculaire	[20-30] %	[5-10] %	[30-40] %
Chimiothérapie	[0-5] %	[10-20] %	[20-30] %
Chirurgie inter-spécialité	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	[30-40] %	[5-10] %	[30-40] %
Endocrinologie	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Gynécologie	[10-20] %	[20-30] %	[30-40] %
Hématologie	[20-30] %	[0-5] %	[20-30] %
Médecine inter-spécialité	[5-10] %	[0-5] %	[10-20] %
Neurochirurgie	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %
Nouveau-nés et période périnatale	[20-30] %	[10-20] %	[30-40] %
Ophtalmologie	[30-40] %	[20-30] %	[50-60] %
ORL	[20-30] %	[5-10] %	[30-40] %
Pneumologie	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %
Rhumatologie	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %
Stomatologie	[30-40] %	[10-20] %	[40-50] %

136. La nouvelle entité disposera de parts de marché supérieures à 25 % sur les segments suivants : appareil digestif, appareil locomoteur, appareil urinaire, cardiovasculaire, chirurgie inter-spécialité, chirurgie thoraco-vasculaire, gynécologie, neurochirurgie, nouveau-nés et période périnatale, ophtalmologie, ORL et stomatologie. La part de marché de la nouvelle entité dépassera 40 % sur les segments relatifs à l’appareil digestif, l’appareil locomoteur, la chirurgie inter-spécialité, l’ophtalmologie et la stomatologie.
137. L’opération permettra le renforcement significatif de la nouvelle entité (addition de parts de marché supérieure à 10 points) sur les segments relatifs à l’appareil digestif, l’appareil locomoteur, l’appareil urinaire, la chirurgie inter-spécialité, la gynécologie, aux nouveau-nés et période périnatale, à l’ophtalmologie, et à la stomatologie. Sur ces segments, à l’exception des

segments relatifs aux soins cardiovasculaires et ORL, le groupe Elsan est, à l'issue de l'opération, le premier offreur devant le CHU de Nîmes. La concurrence des autres acteurs est limitée, avec des parts de marché fréquemment inférieures à 10 %. Le tableau ci-dessous identifie, pour chaque segment de marché sur lequel la nouvelle entité détiendra une part de marché supérieure à 25 %, les trois principaux opérateurs concurrents des parties.

	Concurrent 1	Concurrent 2	Concurrent 3
Appareil digestif	CHU de Nîmes [10-20] %	Clinipole [5-10] %	CH Alès Cévennes [0-5] %
Appareil locomoteur	CHU de Nîmes [10-20] %	Clinipole [5-10] %	OC Santé [5-10] %
Appareil urinaire	CHU de Nîmes [20-30] %	CHU Montpellier [5-10] %	Clinipole [0-5] %
Cardiovasculaire	CHU de Nîmes [30-40] %	CH de Montpellier [5-10] %	CH d'Avignon [5-10] %
Chirurgie inter- spécialité	CHU de Nîmes [10-20] %	Clinipole [10-20] %	CHU Montpellier [5-10] %
Chirurgie thoraco- vasculaire	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [10-20] %	CH d'Avignon [0-5] %
Gynécologie	CHU de Nîmes [20-30] %	OC Santé [10-20] %	Institut du Cancer de Montpellier [5-10] %
Neurochirurgie	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [5-10] %	OC Santé [5-10] %
Nouveau-nés et période périnatale	CHU de Nîmes [20-30] %	CH Alès Cévennes [5-10] %	CH d'Avignon [5-10] %
Ophtalmologie	CHU de Nîmes [5-10] %	Cap Santé [5-10] %	Clinipole [5-10] %
ORL	CHU de Nîmes [40-50] %	CHU de Montpellier [10-20] %	Clinipole [5-10] %
Stomatologie	CHU de Nîmes [20-30] %	Clinipole [10-20] %	CH de Montpellier [5-10] %

138. Ainsi, dans l'empreinte réelle de HPF, l'opération conduira à un renforcement significatif de la part de marché du groupe Elsan sur au moins huit segments de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers. Par ailleurs, elle conduit à la disparition d'un des concurrents principaux dans la zone.

(iii) Nouvelle Clinique Bonnefon (NCB)

139. Outre les marchés sur lesquels les parties ne sont pas simultanément présentes au niveau du département, les activités des parties ne se chevauchent pas sur les segments de la chirurgie cardiaque, de l'IVG, des actes cardiovasculaires, de l'endocrinologie, de l'hématologie, de la neurologie, de la pneumologie et de la rhumatologie dans l'empreinte réelle de NCB.

	HSM	Elsan	Nouvelle entité
Appareil digestif	[40-50] %	[0-5] %	[50-60] %
Appareil locomoteur	[40-50] %	[0-5] %	[40-50] %

Appareil urinaire	[30-40] %	[5-10] %	[40-50] %
Chimiothérapie	[0-5] %	[5-10] %	[5-10] %
Chirurgie inter-spécialité	[50-60] %	[5-10] %	[60-70] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	[50-60] %	[0-5] %	[50-60] %
Gynécologie	[20-30] %	[10-20] %	[40-50] %
Médecine inter-spécialité	[10-20] %	[0-5] %	[10-20] %
Neurochirurgie	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %
Nouveau-nés et période périnatale	[5-10] %	[5-10] %	[10-20] %
Obstétrique	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %
Ophtalmologie	[40-50] %	[10-20] %	[60-70] %
ORL	[30-40] %	[0-5] %	[30-40] %

140. Après réalisation de l'opération, la nouvelle entité disposera de parts de marché supérieures à 25 % (et en réalité supérieures à [30-40] %) sur les segments de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers relatifs à l'appareil digestif, l'appareil locomoteur, l'appareil urinaire, la chirurgie inter-spécialité, la chirurgie thoraco-vasculaire, la gynécologie, la neurochirurgie, l'ophtalmologie et l'ORL.
141. Le tableau ci-dessous identifie, pour chaque segment de marché sur lequel la nouvelle entité détiendra une part de marché supérieure à 25 %, les trois principaux opérateurs concurrents des parties. Il apparaît que l'opération conduira à la disparition dans la zone de la principale alternative concurrentielle privée.

	Concurrent 1	Concurrent 2	Concurrent 3
Appareil digestif	CH d'Alès [30-40] %	CHU de Nîmes [10-20] %	CHU de Montpellier [0-5] %
Appareil locomoteur	CH de Nîmes [20-30] %	CHU d'Alès [10-20] %	CHU de Montpellier [0-5] %
Appareil urinaire	CH Alès [20-30] %	CHU de Nîmes [20-30] %	CHU de Montpellier [5-10] %
Chirurgie inter-spécialité	CHU de Nîmes [20-30] %	CH d'Alès [5-10] %	CHU de Montpellier [5-10] %
Chirurgie thoraco-vasculaire	CHU de Nîmes [30-40] %	CH d'Alès [5-10] %	CHU de Montpellier [5-10] %
Gynécologie	CHU de Nîmes [30-40] %	CH d'Alès [10-20] %	Institut du Cancer de Montpellier [5-10] %
Neurochirurgie	CHU de Nîmes [20-30] %	CH d'Alès [20-30] %	CHU de Montpellier [5-10] %
Ophtalmologie	CH d'Alès [10-20] %	CHU de Nîmes [10-20] %	Cap Santé [5-10] %
ORL	CHU de Nîmes [50-60] %	CHU de Montpellier [5-10] %	-

142. À l'issue de l'opération, la pression concurrentielle exercée par HSM sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers dans la zone autour de NCB disparaîtra et Elsan deviendra le principal opérateur privé, confrontée à la concurrence d'une offre essentiellement publique. Les opérateurs privés restants sur cette zone constitueront uniquement une frange

concurrentielle avec des parts de marché très limitées, peu susceptibles de discipliner la nouvelle entité.

d) Conclusion

143. Il ressort de la présentation ci-dessus que la nouvelle entité détiendra une part de marché supérieure à 25 %, voire supérieure à 50 %, sur plusieurs segments des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, tant au niveau du département du Gard que dans chacune des zones autour des établissements cibles. Sur chacun de ces segments, l'addition de part de marché est supérieure à deux points de pourcentage³⁰.
144. Or, il ressort du point 391 des lignes directrices qu'« *un risque d'atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du code de commerce, peut être constaté, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà.* ». Le point 397 de ces mêmes lignes directrices précise que « *[l]'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important.* »
145. Ainsi, les parts de marché cumulées élevées sur plusieurs segments des marchés de l'offre de diagnostics présentées ci-dessus traduisent le poids important de la nouvelle entité sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers gardois, ce qui est susceptible de lui conférer un pouvoir de marché significatif après l'opération.
146. En outre, Elsan sera, après l'opération, le premier opérateur sur la majorité des segments affectés par l'opération, dans chacune des zones autour des établissements cibles. L'Autorité relève à ce titre que, contrairement à ce qu'affirme Elsan, il n'est pas pertinent de considérer la part de marché des établissements publics au niveau des GHT, dans la mesure où, dans la majorité des cas, ces groupements ne caractérisent pas une entité unique au sens du droit des concentrations compte tenu de la nature des activités mises en commun dans ce cadre.
147. Enfin, au-delà des parts de marché de la nouvelle entité sur les différents regroupements de groupe de planification analysés ci-dessus, les développements qui précèdent montrent que l'opération conduit à une modification substantielle de la structure concurrentielle des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, dans le département du Gard et dans les zones autour des cliniques cibles. En effet, l'opération conduit à la disparition de l'un des principaux groupes d'établissements privés dans la zone.
148. C'est à la lumière de cette structure concurrentielle qu'il convient d'examiner les effets unilatéraux que la présente opération est susceptible de générer.

4. ANALYSE QUALITATIVE DES EFFETS DE L'OPÉRATION SUR LES MARCHÉS DE L'OFFRE DE DIAGNOSTICS ET DE SOINS HOSPITALIERS

149. À titre liminaire, il convient d'écarter deux effets possibles de l'opération sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.
150. D'une part, dans le système français de santé, les tarifs des prestations de soins réalisées par les établissements de santé aussi bien publics que privés sont régulés et fixés annuellement au niveau national dans le cadre du système de T2A. Les établissements de santé n'ont pas la possibilité de déroger à cette tarification. Par conséquent, une opération de concentration sur

³⁰ À l'exception du segment « Neurochirurgie » dans la zone de NCB.

les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers est insusceptible de générer des effets tarifaires relatifs à la pure activité de soins dans une zone géographique donnée.

151. D'autre part, s'agissant des effets relatifs à la qualité de l'offre de soins, la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence a souligné que « *les ARS, qui délivrent les autorisations d'activité, réalisent des missions d'inspections-contrôles concernant les conditions d'installation et de fonctionnement des activités de soins qui peuvent aboutir à des injonctions de mise en conformité, à une suspension ou à un retrait de l'autorisation dans les conditions de l'article L. 6122-13 du code de la santé publique. Par ailleurs, la HAS réalise une certification des établissements de santé tous les quatre à six ans, afin d'évaluer la qualité des prestations des hôpitaux et des cliniques en France [...]* ». ³¹
152. Les autorités de santé, tant nationale que locales, sont donc chargées de contrôler la qualité des activités de soins proprement dites et des établissements au sein desquelles elles sont dispensées. Ces contrôles peuvent conduire au retrait d'autorisation et donc compromettre la poursuite de l'activité d'un établissement. L'existence d'un tel contrôle sectoriel permet donc d'écarter le risque de dégradation de la qualité des soins lié à la modification de la structure de la concurrence dans une zone donnée.
153. Il convient toutefois d'examiner les effets de l'opération sur la qualité de l'offre de soins, entendue notamment comme la diversité de l'offre et son accessibilité pour le patient (a). De plus, comme relevé dans la pratique décisionnelle, une concentration entre opérateurs d'établissements de santé est susceptible de générer des effets sur les composantes non-régulées de l'offre de ces établissements, à savoir, notamment, les prestations annexes à l'offre de soins (b).

a) Les effets relatifs à la structuration de l'offre de soins

154. L'examen des documents internes à la partie notifiante a mis en lumière le projet d'Elsan, à l'issue de l'opération, de fermer la clinique Kennedy et de transférer les activités de cette clinique sur les sites de PGS et HPF. Les éléments recueillis au cours de l'instruction montrent qu'Elsan n'a, à ce jour, pas arrêté la répartition des activités entre ces deux sites, à l'exception des activités de maternité et de néonatalogie qui seraient, à titre certain, transférées sur le site de PGS.
155. Au cas d'espèce, compte tenu du caractère certain de la réorganisation des établissements concernés si l'opération se réalise, l'Autorité considère que les effets de cette dernière sur la qualité de l'offre de soins doivent s'analyser au regard de la fermeture de la clinique Kennedy et du transfert de ses activités vers PGS et HPF³².
156. Afin d'identifier d'éventuels risques de dégradation de cette offre, l'analyse doit déterminer (i) la capacité des sites de PGS et HPF à accueillir l'activité de la clinique Kennedy, (ii) l'incitation d'Elsan à réorganiser son offre sans la dégrader notamment par la fermeture de services, et (iii) l'impact de la fermeture de cette clinique sur le temps de trajet des patients pour se rendre dans un établissement de santé.

(i) *La capacité des sites de PGS et HPF à accueillir les activités de la clinique Kennedy*

157. Dans la mesure où un transfert partiel d'activité serait de nature à créer un appauvrissement de l'offre de soins, il est nécessaire de s'assurer que les sites de PGS et HPF ont la capacité

³¹ Décision de l'Autorité n° 17-DCC-95 précitée.

³² Il convient de noter que la clinique de la cible située à Alès n'étant pas concernée par ce projet de réorganisation, sa situation ne sera pas étudiée dans le cadre de la présente analyse.

d'accueillir l'intégralité de l'activité de la clinique Kennedy s'agissant des espaces d'accueil des activités médicales (principalement des blocs opératoires) et d'hébergement.

Arguments de la partie notificante

158. Au cours de l'instruction, la partie notificante a fourni plusieurs notes tendant à démontrer que les sites de PGS et HPF ont la capacité d'accueillir ensemble de l'activité de la clinique Kennedy. Les résultats de ces analyses sont développés ci-après.

Appréciation au cas d'espèce

159. S'agissant des blocs opératoires, le taux d'occupation actuel des blocs opératoires de la clinique Kennedy s'établit à [0-50] %. Selon l'étude fournie par la partie notificante, après une intégration de l'ensemble des activités de la clinique Kennedy au sein de PGS, le taux d'occupation des blocs opératoires serait de [50-100] %. Après intégration de l'ensemble de l'activité de la clinique Kennedy au sein de HPF, le taux d'occupation des blocs serait de [50-100] %, en tenant compte du transfert des activités de neurochirurgie vers le site du CHU de Nîmes.
160. Au regard des taux d'occupation respectifs des blocs opératoires des établissements concernés, il apparaît que les sites de PGS et HPF ont la capacité d'accueillir l'intégralité de l'activité de la clinique Kennedy, sous réserve de certaines adaptations quant à la configuration des blocs opératoires. Les taux d'occupation des établissements réorganisés resteraient, sur la base de ces éléments, inférieurs au taux cible identifié par l'Agence nationale d'appui à la performance (ci-après, « ANAP ») dans le cadre de son outil d'analyse des blocs opératoires, fixé à 85 %. Il apparaît donc que le transfert des activités de la clinique Kennedy vers PGS et HPF n'est pas de nature à créer une contrainte de capacité au niveau des blocs opératoires ni à générer des délais d'attente défavorables aux patients.
161. Concernant les capacités d'hébergement en hospitalisation complète, hors maternité et hors neurochirurgie, cette dernière étant transférée sur le site du CHU de Nîmes, PGS et HPF disposent de surcapacités à hauteur, respectivement, de [50-70] lits et [50-70] lits disponibles étant précisé que les besoins actuels de la clinique Kennedy s'élèvent à [30-50] lits. Concernant les capacités d'hébergement en ambulatoire, hors maternité et hors neurochirurgie, PGS dispose de capacités disponibles à hauteur de [0-20] places et HPF, de [20-40] places, étant précisé que la clinique Kennedy a un besoin de [0-20] places.
162. Compte tenu des capacités d'hébergement non-utilisées au sein des cliniques PGS et HPF, la réorganisation envisagée par la partie notificante n'est pas susceptible de générer des délais d'attente supérieurs à ceux existant avant l'opération. Il ressort en effet des informations communiquées par Elsan que les taux d'occupation cibles retenus dans le cadre du projet de réorganisation s'établissent à [50-100] % pour la chirurgie, [50-100] % pour la médecine et [50-100] % pour l'obstétrique. Pour sa part, le comité interministériel de la performance et de la modernisation de l'offre de soins hospitaliers (ci-après, « COPERMO ») préconise des taux d'occupation plus élevés : 95 % pour la chirurgie et la médecine et 85 % pour l'obstétrique. Or, compte tenu des coûts fixes inhérents aux activités de ses cliniques, Elsan n'aura pas intérêt à répartir ses activités de manière à créer, sur l'un des sites, un risque de sous-capacité d'hébergement tant en hospitalisation qu'en prise en charge ambulatoire. Au contraire, lorsqu'elle organise son offre, Elsan a intérêt à conserver dans ses établissements une capacité disponible suffisante pour faire face à un surplus de demande non-anticipée, en vue, notamment, d'optimiser l'utilisation de ses infrastructures (médicales et d'hébergement).
163. S'agissant enfin des capacités d'accueil en maternité, pour ce qui concerne les espaces d'accueil d'activité médicale, le transfert d'activité sur le site de PGS nécessiterait [confidentiel]. En outre, la partie notificante a indiqué lors de l'instruction qu'elle aura recours à « [confidentiel] »

164. Il ressort de ces éléments que les sites de PGS et HPF ont bien la capacité d'accueillir l'intégralité de l'activité de la clinique Kennedy. En toute hypothèse, compte tenu des engagements déposés par Elsan et analysés à la section IV de la présente décision, la partie notifiante sera tenue de procéder au transfert intégral de l'activité de la clinique Kennedy de façon à répondre aux besoins conjugués de ces établissements et dans des conditions permettant de garantir la qualité de l'offre de soins à un niveau équivalent à celui qui préexiste à l'opération, en particulier sans délai supplémentaire pour le patient.

(ii) *L'incitation d'Elsan à dégrader l'offre de soins des établissements réorganisés*

165. Au-delà de la capacité d'Elsan à réorganiser l'offre de soins entre les trois cliniques nîmoises qu'elle contrôlera à l'issue de l'opération, il convient de s'interroger sur ses incitations à le faire sans conséquence sur la qualité de l'offre de soins, eu égard notamment aux investissements conséquents requis pour mettre en œuvre un tel projet.

166. Il convient, en premier lieu, d'analyser l'incitation d'Elsan à transférer sur les sites de PGS et de HPF l'intégralité de l'offre de soins existant actuellement à la clinique Kennedy, et non pas seulement une partie, en fermant des services ou en sélectionnant les spécialités pratiquées ou les actes réalisés dans ses cliniques à l'issue de l'opération, en privilégiant les actes considérés comme les plus rentables.

167. Au cours de l'instruction, le CHU de Nîmes a soulevé le risque qu'à l'issue de l'opération, la nouvelle entité soit incitée à sélectionner les actes les plus rentables au sein d'une spécialité sans pour autant fermer le service concerné. Ce risque peut toutefois être écarté au cas d'espèce. En effet, au regard de la situation de surcapacité qui caractérise les établissements des parties dans la zone, il ne serait pas rentable pour Elsan de ne sélectionner que certains actes au sein d'une spécialité. Cela résulte notamment de la structure de coût régissant le secteur, qui comporte une part significative de coûts fixes, ce qui implique que chaque acte supplémentaire se traduit par une augmentation de la rentabilité de l'établissement de soins.

168. Le CHU de Nîmes a également mis en avant un risque de sélection de la patientèle, consistant, pour Elsan, à ne pas prendre en charge des patients au profil pathologique lourd (présentant par exemple une comorbidité comme le diabète), dont la prise en charge induit des coûts supplémentaires pour l'établissement. L'existence d'un tel risque est corroborée par la déclaration de l'ARS Occitanie qui a évoqué, au cours de la séance du 4 février 2020, une tendance globale selon laquelle les patients au profil pathologique lourd se rendraient davantage dans les établissements publics. Toutefois, l'Autorité considère que si une telle incitation devait exister, elle ne serait pas spécifique à la présente opération et ne tomberait dès lors pas dans le champ du contrôle des concentrations.

169. En sus du risque de sélection des actes au sein de certaines spécialités et de la patientèle, et bien qu'Elsan ait au cours de l'instruction fait part de son intention de procéder à un transfert intégral de l'activité de la clinique Kennedy, il convient d'examiner, dans un second temps, si la partie notifiante serait effectivement incitée à procéder à ce transfert de manière intégrale, c'est-à-dire sans fermeture de service. En particulier, il est nécessaire de déterminer si le transfert intégral d'activité représente pour Elsan le scénario le plus profitable économiquement.

170. À cet égard, Elsan met en avant que la nouvelle entité n'aurait pas d'intérêt à fermer des services compte tenu du poids important des coûts fixes communs aux différents services et de la contribution de chaque service à la couverture de ces coûts fixes. En outre, Elsan souligne que des fermetures de services ne seraient pas de nature à réduire significativement le montant des investissements envisagés en vue de transférer l'activité de la clinique Kennedy sur les sites de PGS et HPF.

171. Il convient toutefois de noter que ces arguments ne sont pertinents que dans l'hypothèse où deux des trois cliniques nîmoises seraient conservées à l'issue de l'opération. Au contraire, ne conserver qu'une des trois cliniques présentes dans la zone permettrait de réduire significativement les coûts fixes liés à l'activité et d'amortir les travaux nécessaires sur un unique site occupé de façon optimale.
172. Toutefois, répondant spécifiquement à l'hypothèse émise par les services d'instruction d'un regroupement des activités des trois cliniques nîmoises sur un seul site, Elsan note qu'elle ne serait pas son option privilégiée car elle impliquerait nécessairement un abandon conséquent de chiffre d'affaires d'activités actuellement offertes au sein de la clinique Kennedy et de HPF, ainsi qu'une diminution de la rentabilité de l'activité de la nouvelle entité à Nîmes.
173. Au soutien de ce point, Elsan a réalisé une simulation de la rentabilité d'un regroupement sur le seul site de PGS. Un tel regroupement supposerait l'abandon de certaines activités, qui pour le besoin de la simulation ont été choisies parmi celles les moins génératrices de chiffre d'affaires et qui ne pourraient pas être prises en charge sur le site de PGS. Les résultats de cette simulation, comparés au scénario d'un regroupement sur deux sites, sont les suivants :

Scénarios de regroupement	Deux sites	PGS uniquement
Chiffre d'affaires généré (millions d'euros)	[Confidentiel]	[Confidentiel]
EBITDAR (en millions d'euros)	[Confidentiel]	[Confidentiel]

174. Le scénario d'un regroupement sur deux sites est donc plus rentable dans l'absolu, puisqu'il aboutit à un EBITDAR supérieur ([confidentiel]) au scénario de regroupement sur le seul site de PGS ([confidentiel]). Toutefois, ces éléments montrent également qu'Elsan pourrait trouver intérêt à ce regroupement sur un seul site, d'une part parce que la rentabilité, rapportée au chiffre d'affaires, serait supérieure dans une configuration à un seul site à celle dans une configuration à deux sites, et, d'autre part, parce qu'un regroupement sur un seul site permettrait de limiter considérablement les coûts liés aux immobilisations ; en effet, Elsan pourrait alors revendre les murs du site de HPF dont la cible est propriétaire et réinvestir les sommes ainsi libérées.
175. En conséquence, l'hypothèse d'un regroupement sur un site, qui suppose l'abandon de certaines activités, ne peut être écartée. Dès lors, il n'est pas établi qu'Elsan serait incité à transférer de manière intégrale l'activité de la clinique Kennedy sur les sites de PGS et HPF : il existe donc un risque d'appauvrissement de l'offre de soins au détriment du patient situé dans les zones d'attraction de ces établissements.
176. En tout état de cause, Elsan a présenté des engagements, analysés en section IV de la présente décision, dans le cadre desquels elle s'engage à procéder au transfert intégral de l'activité de la clinique Kennedy au sein des cliniques cibles. Cet engagement est suffisant pour écarter le risque identifié ci-dessus.

(iii) Les effets de la réorganisation des activités des établissements sur le temps de trajet du patient

177. La fermeture du site de la clinique Kennedy et son transfert vers les sites de PGS et HPF s'accompagneront nécessairement d'une modification du temps de trajet parcouru par les patients de la clinique Kennedy, que ce soit pour se rendre sur les sites de PGS ou de HPF, ou dans un autre établissement. Il convient donc de quantifier cette modification afin de déterminer

si le transfert envisagé est susceptible de dégrader la qualité de l'offre de soins au détriment des patients de la clinique Kennedy, par un allongement significatif de leur temps de trajet.

Arguments de la partie notificante

178. Elsan estime que le transfert d'activité n'aura pas d'effet sensible sur les temps de trajet nécessaires aux patients de la clinique Kennedy pour se rendre dans un autre établissement après sa fermeture. Au soutien de ce point, Elsan a fourni une analyse sur : (i) l'accès aux soins des habitants de l'empreinte réelle de la clinique Kennedy, (ii) les variations de temps de trajet que connaîtront les patients de la clinique Kennedy à la suite du transfert et (iii) le nombre et la localisation des patients de la clinique Kennedy qui ne se situent pas dans les zones d'empreintes réelles de PGS et HPF.
179. Les résultats de cette analyse, sont présentés en substance ci-après.

Appréciation au cas d'espèce

180. La clinique Kennedy se situe entre 14 et 18 minutes de trajet en voiture du site de HPF³³, à 9 minutes de temps en trajet en voiture du site de PGS³⁴ et à 5 minutes de temps de trajet en voiture du CHU de Nîmes³⁵.
181. Une étude économique fournie par Elsan permet de conclure que la fermeture de la clinique Kennedy aurait pour effet d'accroître en moyenne de 2,2 minutes le temps de trajet des patients qui se rendraient à HPF et de diminuer de 1,1 minute en moyenne le temps de trajet des patients qui se rendraient à PGS³⁶. Seuls 2,5 % des patients de la clinique Kennedy verraient leur temps de trajet allongé de plus de 10 minutes.
182. Il convient par ailleurs de souligner que la clinique Kennedy offre uniquement des soins dits programmés. Or, au cours de l'instruction, la DGOS a indiqué que le consentement du patient à se déplacer pour se rendre dans un établissement de santé était plus important lorsqu'il s'agit de soins programmés que de soins non-programmés.
183. En tout état de cause, pour chacun des segments sur lesquels la clinique Kennedy est active, plus de 97 % de la population habitant dans l'empreinte réelle de la clinique se trouvent à moins de 30 minutes d'un autre établissement actif sur le segment en question.
184. Il ressort de ces éléments que la fermeture de la clinique Kennedy, dans le cadre de la réorganisation de l'offre envisagée par Elsan, aura un effet marginal sur les temps de trajet nécessaires aux patients pour se rendre dans un établissement de santé. L'opération n'est dès lors pas de nature à dégrader la qualité de l'offre de soins par ce biais.

185. Il ressort de l'ensemble de ces constats qu'à l'issue de l'opération, il existe un risque d'appauvrissement de l'offre de soins dans la zone des établissements nîmois des parties. En tout état de cause, Elsan a présenté des engagements, analysés en section IV de la présente décision destinés à répondre à ce problème de concurrence.

³³ Source : Google Maps

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Aux fins de l'analyse, l'étude économique a alloué les activités de la clinique Kennedy entre PGS et HPF selon une hypothèse de répartition probable compte tenu des activités respectives des établissements cibles.

b) Les effets relatifs aux prestations annexes

186. Le code de la sécurité sociale définit les prestations annexes à l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers comme des « *prestations pour exigences particulières du patient, sans fondement médical, qui donnent lieu à facturation sans prise en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale* »³⁷.

187. L'article R. 162-27 du code de la sécurité sociale fournit la liste de ces prestations :

« Les catégories de prestations pour exigences particulières du patient, sans fondement médical, [...] qui donnent lieu à facturation sans prise en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale, en sus des prestations mentionnées au 1° des mêmes articles, sont les suivantes :

1° L'installation dans une chambre particulière, en l'absence de prescription médicale imposant l'isolement, en cas d'hospitalisation. [...];

2° L'hébergement, ainsi que les repas et les boissons des personnes qui accompagnent la personne hospitalisée ;

3° La mise à disposition du patient, à la chambre, de moyens d'émission et de réception d'ondes radioélectriques, notamment la télévision et le téléphone ;

4° Les interventions de chirurgie esthétique mentionnées à l'article L. 6322-1 du code de la santé publique ;

5° Les prestations exceptionnelles ayant fait l'objet d'une demande écrite, dans la mesure où ces prestations ne sont pas couvertes par les tarifs des prestations de l'établissement. [...] »

188. Ainsi, ces prestations annexes comprennent notamment le supplément chambre particulière, l'hébergement et les repas des accompagnants, la télévision, le téléphone, le Wifi ainsi que d'autres prestations exceptionnelles qui tendent à se développer avec l'émergence de services de conciergerie au sein des établissements de santé. Le coût pour le patient des prestations annexes n'est pas pris en charge par la sécurité sociale. Elles peuvent toutefois faire l'objet d'une prise en charge par la complémentaire santé souscrite par le patient, pour tout ou partie de leur montant. La partie du montant non-remboursée par la complémentaire santé du patient constitue donc une partie de son « reste à charge ».

189. Le tableau suivant présente l'offre des établissements de la nouvelle entité s'agissant de l'hospitalisation complète :

Clinique Kennedy		PGS		HPF		NCB	
Offre	Tarif	Offre	Tarif	Offre	Tarif	Offre	Tarif
Confort ³⁸	73 €/jour	Standard	70 €/jour	Standard	68 €/jour	Standard	59 €/jour
Premium ³⁹	81 €/jour			Sans douche	38 €/jour	Eco	49 €/jour
Platinum ⁴⁰	89 €/jour	Convention Mutualité Française	60 €/jour	Convention Mutualité Française	60 €/jour	Convention Mutualité Française	50 €/jour

³⁷ Article L. 162-22-1, 2°, du code de la sécurité sociale.

³⁸ Inclut : chambre particulière, bouteille d'eau, Wifi et lit accompagnant.

³⁹ Inclut : chambre particulière, bouteille d'eau, Wifi, lit accompagnant et télévision (TNT).

⁴⁰ Inclut : chambre particulière, bouteille d'eau, télévision (TNT), petit-déjeuner gourmand, trousse bien-être, lit accompagnant et Wifi haut débit.

Clinique Kennedy		PGS		HPF		NCB	
				Convention Mutualité Française sans douche	36 €/jour	Eco convention Mutualité Française	40 €/jour

190. Le tableau ci-dessous présente les offres propres à la maternité pour la clinique Kennedy et PGS :

Clinique Kennedy		PGS	
Chambre C.A.L.M ⁴¹	119 €/jour	Chambre CALM ⁴²	90 €/jour
Chambre parentale ⁴³	139 €/jour	Chambre parentale ⁴⁴	120€/jour

191. S'agissant de la prise en charge en ambulatoire, la clinique Kennedy propose deux niveaux distincts de prestations annexes : une offre « Confort », sans espace privatif pour 30 €⁴⁵, et une offre « Chambre particulière » pour 65 €⁴⁶. La clinique Bonnefon propose une offre de chambre particulière pour 27 €. À ce jour, PGS et HPF n'offrent pas de prestations annexes particulières lors d'une prise en charge ambulatoire.

192. Le code de la santé publique, s'il encadre les prestations pouvant faire l'objet d'une facture, n'encadre pas leur tarif qui est librement fixé par les établissements. Il convient donc d'examiner le risque d'augmentation du tarif des prestations annexes fournies par la nouvelle entité après l'opération de même que le risque de dégradation de leur qualité.

Arguments de la partie notificante

193. Selon Elsan, l'opération n'est pas de nature à engendrer un risque de hausse de tarif des prestations annexes ou une dégradation de leur qualité. La partie notificante met principalement en avant les éléments suivants.

194. Premièrement, selon Elsan, l'offre de prestations annexes d'un établissement de santé revêtirait un caractère secondaire dans le choix par le patient de l'établissement dans lequel il recevra des soins. De plus, les tarifs des prestations annexes ne seraient pas fixés en fonction de la situation concurrentielle dans une zone mais selon les caractéristiques socio-économiques du bassin de population concerné.

195. Deuxièmement, la nouvelle entité resterait confrontée à la contrainte concurrentielle d'opérateurs concurrents dans les zones concernées. D'une part, selon Elsan, les établissements publics disposeraient d'un fort pouvoir disciplinant sur les parties s'agissant des conditions de l'offre de prestations annexes. D'autre part, les établissements de Montpellier exerceraient une

⁴¹Inclut : chambre privative, réfrigérateur, TV, Wifi, petit déjeuner pour la mère, petite trousse de toilette.

⁴²Inclut : chambre privative, TV, téléphone, petit déjeuner pour la mère, serviette et peignoir, corbeille de bienvenue, lit accompagnant.

⁴³Inclut : chambre privative avec lit double et salon, réfrigérateur, TV, Wifi, petit déjeuner pour la mère et l'accompagnant, petite trousse de toilette.

⁴⁴Inclut : chambre privative avec lit double et salon, TV, téléphone, petit déjeuner pour la mère et l'accompagnant, serviettes et peignoirs pour la mère et l'accompagnant, corbeille de bienvenue.

⁴⁵Comprenant la télévision, le Wifi limité, « pause gourmande » (salée ou sucrée), presse et « trousse ambu new personnalisée » (trousse de toilette).

⁴⁶Comprenant une chambre particulière, la télévision, le Wifi limité, « pause gourmande » (salée ou sucrée), presse et « trousse ambu new personnalisée ».

pression concurrentielle sur les établissements situés à Nîmes, comme en témoigneraient les taux de fuite des patients résidant dans les empreintes réelles des établissements cibles vers les établissements montpellierains.

196. Troisièmement, selon Elsan, l'obligation légale faite aux établissements de santé de fournir à titre gratuit une chambre double aux patients qui en feraient la demande limiterait l'incitation de la nouvelle entité à augmenter le prix des chambres particulières, par crainte de report du patient vers la chambre double. Elsan met à ce titre en avant la sensibilité du patient au montant du reste à charge.
197. Quatrièmement, Elsan met en avant le fait que les tarifs des prestations annexes sont fixés par les établissements non pas en fonction des spécialités, mais selon trois grands ensembles, à savoir (i) l'hospitalisation, (ii) la maternité et (iii) la prise en charge ambulatoire. Ainsi, raisonner, s'agissant des prestations annexes, sur la base de marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers segmentés par spécialité ne serait pas pertinent.
198. Au soutien de ses arguments, Elsan a fourni une analyse économique visant à démontrer que les risques de reports de patientèle vers les établissements concurrents ou vers la chambre double sont tels qu'ils rendent non-crédible en l'espèce l'incitation d'Elsan à augmenter les tarifs des prestations annexes dans les établissements concernés.
199. S'agissant du risque lié à la qualité, la partie notifiante souligne qu'une dégradation du contenu de l'offre de prestations annexes au sein des établissements cibles est peu probable [confidentiel]. Elsan souligne en outre que si le tarif de l'offre de chambre particulière d'entrée de gamme de PGS et HPF est inférieur à celui de la clinique Kennedy, à contenu égal, les tarifs pratiqués par PGS et HPF sont équivalents, voire plus élevés que dans la clinique Kennedy. Elsan a également fait valoir que le développement du dispositif d'Incitation financière pour l'amélioration de la qualité (ci-après « IFAQ »), qui rémunère les établissements de santé sur la base de leurs performances en termes de qualité du service et qui inclut la qualité des prestations annexes, est de nature à discipliner la nouvelle entité.

Appréciation au cas d'espèce

200. Il ressort de l'instruction et de la séance devant le collège que les principaux critères de choix d'un établissement par le patient sont d'abord centrés sur la qualité du soin attendue par le patient et la réputation du médecin exerçant dans cet établissement. Dans ce contexte, la recommandation du médecin « adresseur » constitue le premier facteur.
201. Toutefois, comme le met en avant un sondage Odoxa de 2017⁴⁷, repris par la partie notifiante dans le cadre de l'instruction, les critères relatifs aux tarifs et à la qualité des prestations annexes sont également un facteur pris en compte par un patient lors du choix de l'établissement. Selon ce sondage, le coût du reste à charge, qui inclut la question des prestations annexes, représente le critère le plus important de choix pour 15 % des répondants. De plus, 8 % des répondants estiment que la qualité des prestations annexes est le critère le plus important. Cette étude montre donc que, contrairement à ce qu'avance la partie notifiante, l'offre de prestations annexes intervient en amont du choix d'établissement, au moins pour une part significative des patients, en complément des critères portant sur l'offre de soins à proprement parler.
202. Par ailleurs, il convient de souligner que, dans le processus d'orientation du patient vers un établissement de santé, le médecin « adresseur » peut également prendre en compte l'offre de prestations annexes pour déterminer dans quel établissement il adressera son patient. Durant l'instruction, le groupe Ramsay a confirmé ce point en déclarant : « [s]i le reste à charge est

⁴⁷ <http://www.odoxa.fr/sondage/criteres-de-choix-dun-etablissement-de-sante-revolution-nouvelles-technologies-de-sante/>

important dans un établissement de santé, le patient se plaindra au généraliste. Le généraliste en tiendra compte dans l'adressage de ses futurs patients et favorisera un autre établissement »⁴⁸.

203. L'instruction n'a pas permis de quantifier précisément la proportion de patients qui, en l'espèce, considèrent l'offre de prestations annexes comme un critère déterminant dans le choix de l'établissement. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un paramètre de la concurrence entre les établissements des parties pour une partie des patients. Or, l'opération est de nature à modifier ce paramètre puisqu'elle réduit le nombre d'opérateurs sur les marchés géographiques concernés : elle se traduit plus précisément par une réduction de l'intensité concurrentielle existant entre les deux principaux opérateurs privés concurrents dans les zones étudiées, à savoir, pour chacune des parties, l'autre partie.
204. Compte tenu de ces éléments, il est nécessaire d'analyser les risques de hausse de prix et de dégradation de la qualité des prestations annexes liés à l'opération.
205. À cet effet, il convient d'étudier le degré de proximité concurrentielle entre les différents opérateurs de soin présents sur les marchés pertinents identifiés.
206. Tout d'abord, Elsan et HSM sont, l'un pour l'autre, les plus proches concurrents dans les zones concernées. Premièrement, comme le met en évidence l'analyse des parts de marché des parties, les cliniques nîmoises d'Elsan et de HSM proposent des offres de soins proches en matière de spécialités. Deuxièmement, les sites de la clinique Kennedy, de PGS et HPF sont géographiquement relativement proches, comme rappelé au paragraphe 180, étant précisé que le critère de la proximité est le troisième critère principal de choix des patients le plus cité par les répondants au sondage Odoxa précité. Enfin, le tarif des prestations annexes que les cliniques Kennedy, PGS et HPF proposent est du même ordre de grandeur pour l'offre d'entrée de gamme de chambre particulière (voir paragraphes 188 et suivants de la présente décision).
207. En second lieu, il ressort de l'analyse de la situation du CHU de Nîmes, principal opérateur concurrent des cliniques nîmoises des parties, que l'établissement public n'est pas suffisamment proche de celles-ci, d'un point de vue concurrentiel, pour exercer un pouvoir disciplinant majeur s'agissant de l'offre de prestations annexes. Ce point a été souligné par Elsan dans ses observations au rapport en date du 23 janvier 2020 : « [s]i les établissements privés concurrents pratiquent souvent des tarifs plus élevés que l'hôpital public, cet écart est justifié par la meilleure qualité de l'offre ». Il est constaté en outre que l'accès à une chambre particulière au CHU de Nîmes est tarifé à 45 € tandis que dans les cliniques des parties, le tarif est au moins 50 % plus élevé. Plusieurs personnes interrogées lors de l'instruction et en séance ont également évoqué une tendance selon laquelle, de manière globale, la patientèle du CHU de Nîmes et celle des parties serait différente, en matière de besoins de prise en charge et de capacité économique.
208. En dernier lieu, la pression concurrentielle exercée par les établissements de Montpellier sur les cliniques des parties est à relativiser. D'une part, le taux de pénétration de l'offre des établissements privés de Montpellier dans les empreintes réelles des cliniques cibles est limité, comme le montre le tableau suivant :

Empreinte réelle de l'établissement	PGS	HPF	Clinique Bonnefon
	Médecine + chirurgie : [10-20] %	[5-10] %	[0-5] %

⁴⁸ Propos recueillis lors de l'entretien entre le groupe Ramsay et les services d'instruction en date du 11 décembre 2019l.

Taux de pénétration des établissements privés de Montpellier ⁴⁹	MCO : [10-20] %		
	Obstétrique : [5-10] %		

209. D'autre part, l'Autorité constate que, dans la zone à proximité de Montpellier, les établissements des parties ont une présence limitée. En effet, dans cette zone, les parts de marché des parties sont inférieures à 5 %, tandis que les parts de marché des établissements situés à Montpellier dépassent souvent 75 %. Lors de la séance, deux témoins ont par ailleurs confirmé que la pression concurrentielle des établissements montpelliérains sur les établissements situés à Nîmes est marginale.
210. Par ailleurs, l'obligation légale de fournir une chambre double à titre gratuit au patient qui en ferait la demande n'est pas de nature à écarter toute incitation de la nouvelle entité à augmenter les prix des prestations annexes ou à en dégrader la qualité.
211. Premièrement, cette contrainte légale préexiste à l'opération et est, en toute hypothèse, déjà internalisée par les établissements de santé, en l'espèce les établissements des parties, dans les tarifs des prestations annexes qu'ils proposent.
212. Deuxièmement, l'examen des documents internes à Elsan a mis en lumière que l'offre structurée en trois gammes développée par le groupe, [confidentiel] est conçue de telle sorte qu'elle permet d'adopter une pratique commerciale qui limite le potentiel pouvoir disciplinant de la chambre double. Cette offre graduée consiste à proposer une offre d'entrée de gamme au contenu réduit, pouvant se limiter à la chambre particulière « sèche » tarifée en conséquence afin de conduire le patient à réaliser un arbitrage entre les différentes gammes de l'offre de chambre particulière, plutôt qu'entre la chambre particulière et la chambre double.
213. Troisièmement, l'opération elle-même est de nature à limiter davantage le pouvoir disciplinant de l'obligation légale de fourniture de chambre double. Lors de son audition par les services d'instruction, Elsan a déclaré : « [c]ependant, au sein de l'établissement, lorsqu'il choisira la prestation hôtelière qu'il va demander, [le patient] va comparer les tarifs des autres établissements pour déterminer la pertinence de l'offre de l'établissement choisi ». Or, l'opération a précisément pour effet de faire disparaître le principal point de comparaison que représentaient pour les patients des cliniques des parties à Nîmes les conditions proposées par l'autre partie (voir paragraphe 205 de la présente décision).
214. Il ressort de ces éléments qu'Elsan aura, après l'opération, la capacité et l'incitation d'augmenter le prix des prestations annexes offertes par les établissements cibles et la clinique Kennedy. L'Autorité souligne à ce titre que ne saurait être retenu l'argument d'Elsan selon lequel, pour apprécier les effets d'une opération sur l'offre de prestations annexes, il conviendrait d'analyser les marchés en distinguant seulement d'une part, l'hospitalisation complète en médecine et chirurgie, et, d'autre part, la maternité. En effet, afin d'apprécier les effets de l'opération, il est nécessaire d'examiner en quoi celle-ci modifie la contrainte concurrentielle que les parties exercent réciproquement l'une sur l'autre. Or, une telle analyse nécessite d'identifier les interactions concurrentielles qui préexistent à l'opération entre les parties (par exemple, des spécialités exercées simultanément par les parties), ce qui n'est pas possible si l'on se fonde sur un marché distinguant uniquement entre, d'une part, l'hospitalisation complète, et d'autre part, la maternité.
215. Cette augmentation de prix est susceptible de prendre la forme d'une augmentation du tarif d'entrée de gamme de l'offre de chambre particulière des établissements cibles au même niveau

⁴⁹ Entendu comme n'incluant pas le CHU de Montpellier.

que celui proposé à la clinique Kennedy, sans enrichissement de leur contenu. Ceci occasionnerait une augmentation de 4,2 % pour PGS, de 6,8 % pour HPF et 19,2 % pour la clinique Bonnefon. En outre, [confidentiel], la nouvelle entité pourra fixer un tarif à un niveau supérieur à celui qui aurait résulté de l'exercice d'une pression concurrentielle significative entre les deux parties. Enfin, cette hausse de prix pourrait également prendre la forme d'une dégradation de la qualité des prestations annexes fournies par la nouvelle entité au patient, par le biais d'un appauvrissement de l'offre par exemple.

216. Une telle perspective est particulièrement vraisemblable s'agissant de l'offre de chambre particulière en hospitalisation ambulatoire. PGS et HPF n'offrent pas à ce jour de prestations de chambres particulières dans le cadre d'une prise en charge ambulatoire. Toutefois, dans la mesure où une telle offre a été développée à la clinique Bonnefon, il est probable qu'à court terme, en l'absence de l'opération, HSM aurait décidé de proposer ce type d'offre à PGS et HPF. Dans un tel cas, le prix et le contenu d'une telle offre auraient été fixés en tenant compte de la contrainte concurrentielle représentée par la clinique Kennedy sur ces établissements. Inversement, il est probable qu'Elsan aurait été amenée à modifier son offre afin de tenir compte de la pression concurrentielle exercée par la cible, sur un plan tarifaire et qualitatif. En revanche, après l'opération, si une telle offre de prestation annexe en hospitalisation ambulatoire était proposée au sein de PGS et HPF, le tarif fixé par Elsan serait susceptible de dépasser le tarif qui aurait prévalu dans ces établissements en l'absence de l'opération, faute de pression concurrentielle significative s'exerçant sur ces établissements.
217. S'agissant spécifiquement de la qualité des prestations, l'Autorité souligne que le dispositif de l'IFAQ représente à ce jour une fraction marginale du financement des établissements du groupe Elsan. En 2018, le groupe a reçu, au titre de ce dispositif, environ [confidentiel] millions d'euros, soit [confidentiel] % du chiffre d'affaires réalisé cette année-là. Au titre de l'année 2019, Elsan a estimé la part de revenus liée à l'IFAQ à [confidentiel] % de son chiffre d'affaires. Compte tenu de ce constat, l'Autorité considère que ce dispositif ne constitue pas un élément disciplinant suffisant pour écarter l'incitation qu'aura la nouvelle entité à dégrader la qualité des prestations annexes qu'elle offre dans ses établissements après l'opération, eu égard à la réduction de la pression concurrentielle qu'elle génère.

Analyse de l'étude économique fournie par les parties

- *Présentation de l'étude*

218. La partie notifiante a soumis une étude économique examinant les incitations de la nouvelle entité à augmenter les prix des prestations annexes à l'issue de l'opération dans l'hypothèse où les prix des prestations annexes sont affectés par l'intensité concurrentielle entre établissements concurrents.
219. Dans un premier temps, l'étude expose des éléments de contexte qui, selon elle, affecteraient les incitations à augmenter les prix des prestations annexes après l'opération. Un premier élément est la possibilité pour les patients de se reporter vers une chambre double, nécessairement gratuite, pour éviter la hausse de prix. Un deuxième facteur réside dans le fait que, lorsqu'un établissement perd un patient, cela implique que l'établissement perdra tant la marge sur coût variable sur les prestations annexes que ce patient aurait consommées que celle sur les soins. Or, cette dernière serait conséquente, ce qui induirait alors que « *le risque de report vers les concurrents, s'il existe, est susceptible d'exercer une pression modératrice forte sur les incitations des établissements de santé à augmenter les tarifs des prestations annexes* ». Un dernier élément porte sur la prise en charge, au moins partielle, par les mutuelles, des montants facturés au titre des prestations annexes. Ce remboursement par les mutuelles serait « *susceptible d'exacerber le ressenti des patients quant à toute augmentation du tarif des*

chambres particulières et donc les pertes de volume susceptibles d'en découler, modérant de ce fait les incitations des établissements à augmenter les prix ».

220. Dans un second temps, l'étude propose une modélisation théorique des incitations des établissements à augmenter le prix de leurs chambres particulières, qui constituent une large majorité des revenus de prestations annexes. Elle repose sur la variation de profit d'un établissement en cas d'augmentation de ses prix, qui dépend de plusieurs paramètres parmi lesquels les proportions de patients qui se reporteraient vers une chambre double ou vers un autre établissement à la suite de cette augmentation de prix, ainsi que le taux de report de l'établissement vers les autres établissements du groupe auquel il appartient, qui est supposé refléter les parts de marché des établissements et augmente du fait de l'opération. Les proportions de patients qui se reporteraient en chambre double ou dans un autre établissement n'étant pas connues, l'étude calcule la variation de profit de l'établissement qui augmenterait ses prix d'un montant donné pour un ensemble de valeurs de ces proportions.
221. L'étude conclut que *« dans le cadre des hausses de prix étudiées, le taux de report vers des chambres doubles des patients résidant en chambre particulière doit demeurer très faible et leur taux de report vers d'autres établissements doit demeurer quasi-nul pour que la nouvelle entité ait une réelle incitation à augmenter ses tarifs post opération (...) Qui plus est, les incitations auxquelles ferait face la nouvelle entité à augmenter ses tarifs ne découlent pas de l'opération : [confidentiel]. »*
- *Analyse de l'Autorité*
222. Il convient tout d'abord de revenir sur les éléments de contexte qui viendraient, selon la partie notifiante, amoindrir l'incitation des parties à augmenter leurs prix, et plus globalement à dégrader leur offre, à l'issue de l'opération.
223. En ce qui concerne la possibilité pour les patients de choisir une chambre double, elle contraint les établissements de soins dans leur politique tarifaire dans la mesure où la chambre double représente une alternative pour les patients qui n'induit pas de changement d'établissement ou de praticien. Cependant, ainsi qu'il a été exposé précédemment, cette contrainte existait déjà avant l'opération et n'est pas renforcée par la concentration. Tel est également le cas de la perte de marge générée en cas de départ d'un patient vers un autre établissement. Le risque lié à la perte simultanée de la marge sur les soins et sur les prestations annexes est donc déjà pris en compte *a priori* par les parties dans leurs choix de tarification avant l'opération. En outre, lorsqu'un patient, en réaction à une hausse de prix d'un établissement, décide de se rendre dans un autre établissement du même groupe, le groupe conserve une marge sur les prestations annexes et une marge sur les soins.
224. Quant au remboursement, total ou partiel, des prestations annexes par les mutuelles, l'ampleur de son rôle dans la sensibilité des patients au prix n'est pas démontrée par la partie notifiante.
225. S'agissant de la modélisation, par l'étude, des incitations à l'augmentation des prix des prestations annexes du fait de l'opération, elle est sujette à plusieurs limites.
226. D'une part, la démarche générale consistant, en l'absence de connaissance des proportions de patients qui se reporteraient vers une chambre double ou vers un établissement concurrent à la suite d'une hausse de prix d'un établissement, à déterminer l'ensemble des combinaisons de ces proportions dans lesquelles une hausse de prix serait rentable pour la nouvelle entité puis à apprécier la crédibilité de ces combinaisons est problématique. En effet, en l'absence de référence sur les valeurs réelles des proportions de patients se reportant vers une chambre double ou vers un établissement concurrent, il n'est pas possible de juger de la crédibilité des combinaisons dans lesquelles la nouvelle entité aurait une incitation à augmenter les prix.

227. D'autre part, et à titre principal, les paramètres de calcul pris en considération dans le modèle sont contestables.
228. Tout d'abord, les taux de report entre les établissements des parties sont calculés sur la base des parts de marché. Ce faisant, ils ne prennent pas en compte la différenciation limitée entre les établissements des parties, tant sur le plan de la localisation que sur celui des prestations annexes proposées, par rapport à celle pouvant exister entre les parties et des établissements concurrents (CHU de Nîmes, établissements situés à Montpellier, etc.). En conséquence, les taux de report entre les établissements des parties sont selon toute vraisemblance fortement sous-estimés, ce qui, en pratique, conduit à sous-estimer les incitations des parties à augmenter les prix à l'issue de l'opération.
229. Ensuite, dans sa variante principale, l'étude ne prend pas en compte les reports des établissements de la cible vers la clinique Kennedy au motif que cette dernière serait intégrée aux cliniques nîmoises de la cible à l'issue de l'opération⁵⁰. Toutefois, du fait du transfert de l'activité de la clinique Kennedy vers les cliniques nîmoises de la cible, les reports entre les établissements de la cible seront en réalité plus importants après l'opération qu'avant. L'absence de prise en compte de ce phénomène, duquel découle la principale source d'incitation à augmenter les prix à l'issue de l'opération, remet en cause la valeur informative de l'étude.
230. Enfin, pour mener ses simulations, l'étude utilise des niveaux de marge sur les prestations annexes et sur les soins pour les différents établissements des parties. Toutefois, la fiabilité des niveaux de marge utilisés est sujette à caution dans la mesure où, lors de l'instruction, la partie notificante avait dit ne pouvoir « *distinguer, parmi les coûts des établissements de soins, entre (i) les coûts liés aux actes de soin, et (ii) les coûts liés aux prestations annexes ou hôtelières* ».
231. Ainsi, l'étude économique présente des limites qui ne permettent pas d'en retenir la conclusion.
232. En conséquence, il ne peut être exclu que l'opération porte atteinte à la concurrence sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers par le biais d'une dégradation des conditions de l'offre de prestations annexes offertes par les établissements de la nouvelle entité.
233. Afin de répondre aux problèmes de concurrence identifiés ci-dessus, la partie notificante a proposé un engagement venant encadrer son comportement, notamment tarifaire, en matière de prestations annexes. Celui-ci est examiné ci-dessous à la section IV.

C. ANALYSE DES EFFETS DE L'OPÉRATION SUR LE MARCHÉ DE LA MISE À DISPOSITION DES MÉDECINS LIBÉRAUX D'INFRASTRUCTURES NÉCESSAIRES À L'EXERCICE DE LEUR ACTIVITÉ

1. LA POSITION DE LA NOUVELLE ENTITÉ SUR LE MARCHÉ DE LA MISE À DISPOSITION DES MÉDECINS LIBÉRAUX D'INFRASTRUCTURES NÉCESSAIRES À L'EXERCICE DE LEUR ACTIVITÉ

234. Sur ce marché, l'opération conduit à la disparition d'un acteur privé majeur de l'offre de santé (Hexagone Santé Méditerranée) dans le département du Gard et au regroupement au sein du groupe Elsan de l'ensemble des établissements de santé privés des villes de Nîmes et d'Alès. Au niveau du département du Gard, les seules alternatives privées à la nouvelle entité présentes à l'issue de l'opération seront le centre de chirurgie ambulatoire des Hauts d'Avignon situés

⁵⁰ Paragraphe 78 de l'étude : « étant donné que la clinique Kennedy sera intégrée dans Polyclinique Grand Sud et le Nouvel Hôpital Privé les Franciscaïnes, aucun report vers cette clinique n'est susceptible de se produire et n'est donc pris en compte ».

aux Angles et la clinique ambulatoire de la Cèze à Bagnols-sur-Cèze, qui, ensemble ont réalisé en 2018 3 475 séjours contre 62 165 pour la nouvelle entité (11 334 pour Elsan et 50 831 pour HSM).

235. Sur ce marché, ainsi qu'il a été expliqué au paragraphe 58 de la présente décision, les établissements publics gardois ne sont que marginalement présents. Lors de la séance du 4 février 2020, le CHU de Nîmes a confirmé que l'exercice libéral ne représentait qu'une part marginale de l'activité au sein de l'établissement.
236. En conséquence, Elsan disposera après l'opération d'une position extrêmement importante sur le marché de la mise à disposition aux médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité dans le département du Gard.
237. Il convient dès lors d'examiner les différents effets susceptibles de résulter de l'opération sur ce marché.

2. LES EFFETS RELATIFS AUX RELATIONS CONTRACTUELLES ENTRE MÉDECINS LIBÉRAUX ET ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

238. Compte tenu de sa position sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité après l'opération, Elsan pourrait décider d'insérer des clauses d'exclusivité dans les contrats des praticiens exerçant dans ses établissements gardois afin d'empêcher ses concurrents de développer des relations contractuelles avec ces praticiens.
239. En l'espèce, [confidentiel] praticiens exercent simultanément au sein de la clinique Kennedy et du CHU de Nîmes, tandis que [confidentiel] praticiens de HPF et [confidentiel] praticiens de PGS exercent également au CHU de Nîmes.

Arguments de la partie notificante

240. Elsan met en avant le fait que les relations entre praticiens et établissements de santé relèvent d'un cadre contractuel librement négocié entre les parties au contrat. Si une clause d'exclusivité devait être insérée dans le contrat, elle devrait alors être acceptée par le praticien et faire l'objet, en contrepartie, d'une indemnité contractuelle. Ces clauses ne pourraient en outre pas porter une atteinte excessive à la liberté et à l'indépendance des praticiens, et feraient en tout état de cause l'objet d'un contrôle déontologique du conseil de l'ordre des médecins.
241. En outre, s'agissant des praticiens exerçant déjà dans les établissements des parties, Elsan avance que l'opération n'aura aucune incidence sur les contrats d'exercice libéral existants qui ne pourront pas être modifiés sans l'accord des deux parties. Ainsi, toute tentative d'inclusion d'une clause d'exclusivité pourrait être qualifiée de modification substantielle du contrat affectant les conditions d'exercice que le praticien serait libre de refuser. Pour ce qui concerne spécifiquement les praticiens exerçant à la fois dans une clinique des parties et au CHU de Nîmes, Elsan soutient qu'il lui serait juridiquement impossible d'imposer, après l'opération, une clause d'exclusivité les empêchant de continuer leur activité au sein du CHU.
242. S'agissant enfin des praticiens qui commenceraient leur activité dans les établissements gardois des parties, Elsan considère qu'une pratique consistant, pour la nouvelle entité, à forcer le consentement du praticien pour qu'il accepte une clause d'exclusivité provoquerait le mécontentement non seulement du praticien en question, mais aussi de la communauté médicale à laquelle il se rattache, qui a un poids important compte tenu de l'importance des mécanismes de cooptation.

Appréciation au cas d'espèce

243. Si les clauses d'exclusivité relèvent effectivement de la liberté contractuelle des parties au contrat d'exercice libéral, l'Autorité souligne que la position d'opérateur incontournable dont disposera la nouvelle entité après l'opération est de nature à conférer à celle-ci un pouvoir de négociation extrêmement fort, susceptible de favoriser l'insertion de telles clauses dans les contrats. De plus, contrairement à ce qu'Elsan soutient, le conseil départemental de l'ordre des médecins n'exerce pas de contrôle sur les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats d'exercice libéral entre établissements de santé et praticiens. En effet, le contrôle ordinal s'opère uniquement dans le champ du code de déontologie médicale, lequel ne couvre pas la question des clauses d'exclusivité. Ce point a été confirmé par le conseil départemental de l'ordre des médecins du Gard lors de la séance du 4 février 2020.
244. L'incitation d'Elsan à développer ce type de clause après l'opération est dès lors importante, puisqu'il lui permettra, d'une part, de limiter l'activité de ses concurrents en interdisant le multi-exercice des praticiens et, d'autre part, de limiter le risque d'entrée sur le marché d'un nouvel opérateur qui, en toute hypothèse, aura besoin de praticiens pour être actif sur le marché.
245. En conséquence, l'Autorité considère que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité, par le biais de l'insertion de clauses d'exclusivité dans les contrats conclus avec les praticiens.
246. Toutefois, Elsan a présenté des engagements, analysés en section IV de la présente décision, de nature à prévenir la réalisation de ce risque.

3. LES EFFETS RELATIFS À L'ACCÈS AUX INFRASTRUCTURES OPÉRATOIRES

247. La réduction du nombre d'acteurs privés confèrera à la nouvelle entité un pouvoir de négociation accru vis-à-vis des médecins libéraux compte tenu de sa position de principal opérateur privé dans le département du Gard.
248. Au cours de l'instruction, le CHU de Nîmes a soulevé le risque d'une dégradation de l'accès aux infrastructures hospitalières (blocs opératoires notamment), Elsan étant susceptible, selon lui, d'organiser son offre pour favoriser les spécialités les plus rentables.

Arguments de la partie notificante

249. Selon Elsan, même dans le scénario d'une fermeture de la clinique Kennedy et d'une réorganisation de l'offre de soins, les établissements des parties disposeraient de capacités suffisantes pour accueillir l'intégralité des actes réalisés avant l'opération.
250. En outre, la partie notificante écarte tout risque de sélection des praticiens, notamment par le biais d'une sélection de certaines spécialités jugées plus rentables, en s'appuyant notamment sur la structure de coût des activités de soin, majoritairement composée de coûts fixes.

Appréciation au cas d'espèce

251. Afin d'éclairer son analyse des effets de l'opération sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité, l'Autorité a procédé à un test de marché auprès des médecins libéraux qui exercent dans les cliniques concernées par l'opération ainsi qu'auprès d'une partie des médecins du CHU de Nîmes⁵¹. Or, 85 % des répondants ne considèrent pas que l'opération soit de nature à limiter leur capacité à

⁵¹ Sur la base, s'agissant du CHU, d'un échantillon de 100 médecins. Le test de marché a été adressé à un total de 355 médecins, pour 163 réponses, soit un taux de réponse de 45,9 %.

accéder aux blocs opératoires, l'un des répondants précisant même que « *l'arrivée d'un grand groupe va clarifier ces plages et les attribuer enfin sur des critères objectifs* ».

252. En outre, comme exposé précédemment, la partie notifiante a proposé un engagement consistant à procéder au transfert intégral de l'activité de la clinique Kennedy au sein des cliniques cibles dans le cadre de la restructuration envisagée. Or, à niveau d'activité constant dans les zones de recrutement de PGS et HPF, le groupe Elsan n'aura pas d'incitation à réduire l'accès des blocs à des spécialités, compte tenu des coûts fixes générés par ces infrastructures qui doivent être amortis. Concernant spécifiquement NCB, l'opération n'est pas de nature à entraîner de transfert d'activité et par conséquent, ne devrait pas modifier significativement les équilibres préexistants.
253. En conséquence, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité par le biais d'un verrouillage de l'accès aux infrastructures opératoires.

4. LES EFFETS RELATIFS AU NIVEAU DES REDEVANCES

254. Dans le cadre de l'instruction, les opérateurs interrogés ont mis en lumière deux types de risques opposés s'agissant du niveau des redevances versées par les médecins aux établissements de santé sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité. Le renforcement de la position d'Elsan pourrait se traduire par une augmentation de la redevance versée par les médecins aux établissements dans le cadre du contrat d'exercice libéral, au titre des services rendus et des équipements fournis. À l'inverse, la nouvelle entité pourrait choisir de diminuer les niveaux de redevances afin d'attirer et capter les praticiens exerçant dans des établissements concurrents et, par conséquent, d'assécher le vivier local de praticiens au détriment, notamment, des établissements publics concurrents (par exemple en incitant des praticiens salariés du public à passer à l'exercice libéral).

Arguments de la partie notifiante

255. La partie notifiante met en avant le fait que « [l]es relations contractuelles entre un établissement et un praticien doivent s[e] conformer [au principe de liberté d'exercice, d'installation, d'autonomie et d'indépendance dans la pratique de l'activité de soins des médecins], et ne doivent ainsi contenir aucune stipulation susceptible de porter atteinte à cette indépendance professionnelle ».
256. Elle rappelle ainsi que la fixation des redevances s'inscrit dans un cadre juridique spécifique (articles L. 4113-5 et L. 1453-3 du code de la santé publique) qui impose que la redevance reflète les coûts réellement supportés par les établissements de santé pour les prestations réalisées au bénéfice du médecin. Elle indique également que « [l]e montant de cette redevance est fixé contractuellement et peut être révisé à la hausse ou à la baisse en cours de contrat selon l'éventuelle variation des moyens et services que le praticien aura librement choisi d'inclure ou non dans son contrat d'exercice. Les conditions dans lesquelles ce montant est déterminé sont strictement encadrées. » En conséquence, la partie notifiante considère que « [i]l n'est pas possible de décorrélérer la redevance du coût des prestations fournies. »
257. Enfin, la partie notifiante indique que les praticiens sont en mesure de former des recours lorsqu'ils contestent le niveau de leur redevance.

Appréciation au cas d'espèce

258. Comme l'a souligné la partie notifiante, la fixation des redevances est régie par le cadre juridique issu des articles L. 4113-5 et L. 1453-3 du code de la santé publique, en vertu duquel la redevance doit correspondre aux coûts réellement supportés par les établissements de santé

pour les prestations réalisées au bénéfice du médecin. Ainsi, si Elsan décidait d'augmenter les niveaux de redevances, il serait exposé à des risques tant contractuels que contentieux. Les juridictions civiles sont, en effet, compétentes pour connaître des hausses unilatérales et injustifiées du montant des redevances prévues par les contrats d'exercice libéral, et ce sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou de la répétition de l'indu. À ce titre, l'Autorité relève qu'il existe une jurisprudence constante affirmant le principe de correspondance entre montant de la redevance et service rendu au praticien⁵². En outre, contrairement aux clauses d'exclusivité analysées ci-dessus, le niveau des redevances relève de la compétence du conseil de l'ordre des médecins dans le cadre de son contrôle déontologique. Le cadre juridique est par conséquent de nature à limiter la capacité de la nouvelle entité à augmenter les niveaux de redevance de même que son incitation à le faire.

259. L'Autorité relève au demeurant que près de 60 % des médecins interrogés dans le cadre du test de marché indiquent que l'opération ne permettra pas au groupe Elsan de modifier plus facilement le niveau des redevances pratiqué dans ses établissements gardois.
260. Le risque de modification à la hausse des redevances versées par les praticiens libéraux peut donc être écarté.
261. Le cadre légal susmentionné est également de nature à écarter le risque de réduction du niveau de redevances demandées au praticien.
262. En effet, si, au cours de l'instruction, le CHU de Nîmes a déclaré : « [1] *a puissance financière d'Elsan leur permettra de recruter des médecins dans les établissements de Nîmes.* », l'article L. 1453-6 du code de la santé publique interdit toutefois aux établissements de santé d'offrir aux praticiens « [...] *des avantages en espèces ou en nature, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte* [...] ». En outre, et en tout état de cause, l'Autorité souligne que le caractère généralement plus avantageux économiquement de l'exercice libéral par rapport à l'exercice hospitalier (notamment en établissement public) est une donnée principalement préexistante à l'opération. En l'espèce, la prise de contrôle d'HSM par Elsan n'est pas de nature à modifier les arbitrages réalisés par les praticiens avant l'opération s'agissant de leurs lieux et modes d'exercice.
263. En conséquence, le risque d'une modification à la hausse ou à la baisse des redevances demandées aux praticiens pour exercer dans les établissements de la nouvelle entité après l'opération peut être écarté. L'opération n'est donc pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la mise à disposition des praticiens libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leurs activités.

5. LES EFFETS RELATIFS AU NIVEAU DES DÉPASSEMENTS D'HONORAIRES PAR LES MÉDECINS

264. Selon la réglementation applicable, les médecins peuvent pratiquer des dépassements d'honoraires :
 - lorsqu'ils sont conventionnés en secteur 1 : uniquement lorsque le patient (i) ne respecte pas le parcours de soin ou (ii) a des exigences particulières s'agissant de l'horaire ou du lieu de la consultation.
 - lorsqu'ils sont conventionnés en secteur 2 : pour l'ensemble des actes à l'exception des actes réalisés pour les patients bénéficiant de la couverture médicale universelle

⁵² Voir, par exemple, Cass. 1^{ère} civ, 30 juin 2004, 01-14888.

complémentaire. Le remboursement de l'assurance maladie se fait sur la base des tarifs qu'elle applique également pour les actes réalisés par un médecin en secteur 1⁵³.

- lorsqu'ils sont non-conventionnés : pour l'ensemble des actes. L'Assurance Maladie rembourse les actes sur la base de « *tarifs d'autorité* » dont le montant est très inférieur au tarif de remboursement des médecins conventionnés⁵⁴.

265. Il convient toutefois de préciser que les établissements de santé n'ont pas d'influence directe sur les éventuels dépassements d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux y exerçant. La fixation des dépassements d'honoraires relève d'une prérogative du praticien, dans le cadre d'une obligation déontologique dite de « *tact et mesure* ». Par ailleurs, quand bien même une opération de concentration conduirait à rendre un établissement ou un groupe d'établissements incontournables dans une zone donnée, les praticiens actifs sur une même spécialité au sein de cet ou ces établissements demeureraient concurrents, dans la mesure où leur rémunération individuelle s'effectue sur la base du nombre d'actes qu'ils réalisent. En tel cas, les praticiens continueraient d'être incités à rester compétitifs.
266. Enfin, un éventuel risque d'accroissement coordonné des dépassements d'honoraires entre les médecins exerçant à la clinique Kennedy et les médecins exerçant dans les cliniques cibles peut également être écarté. En effet, il apparaît que l'opération n'est pas de nature à accroître la transparence existant déjà dans le secteur : la DGOS a noté à ce titre que « *l'obligation de transparence est déjà effective et est une obligation pour le médecin* » et que les informations sur les dépassements sont de plus en plus disponibles sur internet.
267. Cette analyse est confirmée par le test de marché réalisé auprès des médecins libéraux dans le cadre du présent dossier : 89 % des médecins exerçant au sein de la clinique Kennedy et des cibles ayant répondu au questionnaire ont considéré que l'opération ne modifierait pas leur pratique actuelle sur les dépassements d'honoraires.
268. En conséquence, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché de la mise à disposition des praticiens libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leurs activités par le biais d'une modification du niveau des dépassements d'honoraires exercés par les médecins exerçant au sein de la nouvelle entité.

6. LES EFFETS RELATIFS À L'ADRESSAGE DES PATIENTS

269. L'adressage de patients entre médecins peut être le fait (i) d'un médecin de ville (généraliste ou spécialiste) vers un médecin hospitalier ou (ii) d'un médecin exerçant en établissement de santé vers un autre médecin exerçant dans un établissement de santé.
270. L'opération n'est toutefois pas de nature à modifier les flux du premier type d'adressage. En effet, les éléments réunis au cours de l'instruction montrent le caractère essentiellement personnel de la constitution d'un réseau d'adressage pour le praticien, l'établissement ayant peu de prise sur celui-ci.
271. S'agissant de l'adressage entre médecins exerçant entre établissements de santé, l'Autorité relève que plus des trois quarts des praticiens interrogés lors du test de marché auquel elle a procédé indiquent ne pas avoir recours à un adressage intra-groupe. L'opération n'est ainsi pas

⁵³ Une différence de remboursement existe entre les actes réalisés par les médecins ayant choisi l'option pratique tarifaire maîtrisée (OPTAM) et ceux n'ayant pas opté pour cette option. En choisissant l'OPTAM, les médecins s'engagent à respecter un taux moyen de dépassement et un taux moyen d'activité facturée sans dépassement, et reçoivent en contrepartie une prime. Par ailleurs, le niveau de remboursement du patient par l'Assurance Maladie est plus important et celui de sa complémentaire également si le patient a souscrit un contrat responsable.

⁵⁴ Les tarifs d'autorité s'élèvent à 0,61 € pour une consultation de médecine générale, 1,22 € pour une consultation chez un spécialiste.

de nature à modifier substantiellement les filières d'adressages existantes entre les établissements de santé présents dans les zones étudiées au cas d'espèce.

D. ANALYSE DES EFFETS DE L'OPÉRATION SUR LES MARCHÉS DE LA CHIRURGIE ESTHÉTIQUE DE CONFORT

272. Les positions des parties ont été évaluées en nombre de séjours, d'après les données issues de la base nationale publique du PMSI de l'Atih.
273. Au niveau national, la part de marché cumulée des parties est inférieure à 25 %.
274. Au niveau régional, la part de marché cumulée des parties s'élève à [40-50] % avec une addition de parts de marché de [5-10] % (dont [5-10] % pour PGS). La nouvelle entité fera face à la concurrence de nombreux établissements, parmi lesquels les établissements détenus par OC Santé dont la part de marché cumulée s'élève à [10-20] %.
275. En tout état de cause, la pratique décisionnelle de l'Autorité considère qu'une opération de concentration sur ces marchés n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence dès lors que la part de marché combinée des parties est inférieure à 50 % au niveau régional⁵⁵.
276. Par conséquent, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux sur les marchés de la chirurgie esthétique de confort.

E. ANALYSE DES EFFETS DE L'OPÉRATION SUR LES MARCHÉS DES SOINS DE SUITE ET DE RÉADAPTATION

277. En raison du lien vertical existant entre l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers et l'offre de soins de suite et de réadaptation, l'opération pourrait être de nature à engendrer des effets verticaux.
278. Une concentration verticale peut restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. Ce verrouillage peut viser les marchés aval, lorsque l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval, ou les marchés amont, lorsque la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux. Cependant, la pratique décisionnelle considère qu'un risque d'effet vertical peut en principe être écarté dès lors que la part de marché de l'entreprise issue de l'opération sur les marchés concernés ne dépasse pas 30 %.
279. La probabilité que l'opération fausse le jeu de la concurrence par le biais d'effets verticaux dépend de la capacité des parties à restreindre effectivement l'accès de ses concurrents à ses services ou à réduire effectivement leurs débouchés, de l'incitation des parties à mettre en œuvre une telle stratégie et des effets de cette stratégie sur les marchés en cause. En pratique, ces trois critères sont étroitement liés.
280. En l'espèce, l'opération est susceptible d'entraîner des effets verticaux entre le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers sur lequel les parties sont simultanément présentes et voient leur position renforcée à l'issue de l'opération et, à l'aval, le marché des centres de soins de suite et de réadaptation, sur lequel Elsan est présent. La position de la nouvelle entité

⁵⁵ Voir par exemple, les décisions n° 17-DCC-précitée et n° 18-DCC-162 du 15 octobre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Capio par Ramsay Générale de Santé.

sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers pourrait permettre à Elsan de se renforcer sur le marché des centres de SSR en orientant les patients de la nouvelle entité vers ses propres centres de SSR. À l'inverse, bien que la partie notifiante indique qu'« *il n'est pas très fréquent que les patients en SSR aillent, à leur sortie, réaliser un séjour en hospitalisation complète, le séjour en SSR étant généralement un séjour de transition, post-hospitalisation, avant le retour à domicile* », une position importante sur le marché des centres de SSR pourrait permettre à la nouvelle entité de se renforcer sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.

281. La partie notifiante indique que l'établissement de santé n'intervient pas dans la prescription d'un séjour en SSR, qui est le fait du praticien en charge du patient. La partie notifiante précise également que « *[l']éventuelle recommandation du praticien-prescripteur tient compte de ces spécialisations afin d'orienter le patient vers les SSR adaptés. Par ailleurs, le patient choisit généralement cet établissement en fonction de son lieu de résidence, de la qualité de services proposés (confort de l'hébergement etc.) et de la disponibilité de places.* »
282. Il ressort néanmoins des éléments fournis par la partie notifiante que les personnels des établissements peuvent fournir des informations sur les centres de SSR aux patients et que les établissements disposent parfois de supports documentaires sur les centres de SSR, par exemple des livrets d'accueil, qu'ils peuvent mettre à disposition des patients.
283. En outre, des accords de coopération peuvent être conclus entre un établissement de santé hospitalier et un centre de SSR afin « *d'optimiser les conditions d'accueil et de transfert des patients d'un établissement vers l'autre* ».
284. Au regard de ces éléments, la seule circonstance selon laquelle la prescription d'un séjour en centre de SSR est, le plus souvent, le fait du médecin « adresseur » ne suffit pas à exclure tout lien vertical entre le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers et le marché des centres de SSR.

a) Au niveau régional

285. Comme indiqué ci-dessus, la part de marché de la nouvelle entité est supérieure à 30 % sur plusieurs segments des marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers au niveau de l'ex-région Languedoc-Roussillon, à savoir le chirurgie cardiaque, selon les segmentations par autorisation ([30-40] %) et par regroupement de GP ([30-40] %) et sur le segment de l'ophtalmologie ([30-40] %). Sur ces différents segments, la part de marché de la nouvelle entité reste toutefois inférieure à [30-40] %. En outre, la nouvelle entité sera confrontée à la concurrence de plusieurs opérateurs qui détiennent également un centre de SSR, tels qu'OC Santé ou Cap Santé. Ces opérateurs seront donc en mesure de mettre en œuvre une stratégie similaire à celle d'Elsan, qui ne pourra donc pas tirer profit de sa position sur ces segments du marché amont de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers pour développer sa position sur le marché aval des SSR.
286. Tout risque de verrouillage des débouchés peut également être écarté compte tenu de la part de marché d'Elsan inférieure à 30 % sur le marché des centres de soins de suite et de réadaptation au niveau de l'ex-région Languedoc-Roussillon.
287. Par conséquent, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché des centres de SSR au niveau régional.

b) Aux niveaux départemental et local

288. Comme indiqué ci-dessus, la part de marché de la nouvelle entité est largement supérieure à 30 % sur de nombreux segments du marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, au

niveau du département du Gard ainsi qu'au niveau local. Au regard de cette position, la capacité de la nouvelle entité à verrouiller l'accès aux intrants ne peut pas être exclue.

289. S'agissant de l'incitation de la nouvelle entité à mettre en œuvre une telle stratégie, il ressort des éléments fournis par la partie notifiante que la part des patients en MCO des établissements détenus par HSM présents dans le département du Gard qui effectuent un séjour en centre de SSR n'est que de [0-5] %. En revanche, [30-40] % de ces patients de HSM s'adressent à un centre de SSR détenu par Elsan. Parmi ces patients, avant l'opération, les patients de HPF se dirigent pour [30-40] % d'entre eux vers la clinique Valdegour, située à Nîmes, pour leur séjour en SSR et pour [10-20] % d'entre eux vers la clinique Jean Paoli, située à Arles. La clinique Jean Paoli reçoit [50-60] % des transferts en SSR de HPF s'agissant des affections cardio-vasculaires. [40-50] % des patients de la clinique PGS ayant effectué un séjour en centre de SSR se sont rendus à la clinique Valdegour. Les patients de la clinique Bonnefon ne sont que [0-5] % à effectuer leur séjour de SSR à la clinique Valdegour. Ces différences sont susceptibles de s'expliquer par [confidentiel].
290. À l'issue de l'opération, la nouvelle entité pourrait ainsi être incitée à orienter davantage les patients des établissements de HSM vers la clinique Valdegour ou vers la clinique Jean Paoli pour leur séjour de SSR.
291. Toutefois, s'agissant de la clinique Valdegour, les effets d'une stratégie de verrouillage seraient limités compte tenu (i) du taux d'occupation moyen de la clinique Valdegour supérieur à [50-100] % sur les trois dernières années et (ii) de la capacité des locaux existants, disposant de [100-120] lits, qui ne pourraient permettre de créer que [0-20] lits supplémentaires. Ainsi, pour développer l'accueil de nouveaux patients au sein de la clinique Valdegour, il serait nécessaire d'engager la construction d'un nouveau bâtiment, ce qui pourrait prendre plusieurs années et serait soumis à l'obtention de plusieurs autorisations d'autorité administratives, dont l'ARS.
292. S'agissant de la clinique Jean Paoli, son taux d'occupation moyen n'est que de [50-100] % sur les trois dernières années, de sorte qu'elle serait en mesure de recevoir la totalité des patients de l'Hôpital Privé les Franciscaines atteints d'une affection cardio-vasculaire. Il ressort néanmoins des données communiquées par la partie notifiante que l'ensemble des patients d'HPF qui se rendent dans un centre de SSR postérieurement à une affection cardio-vasculaire ne représentent que [5-10] % des patients qui fréquentent des centres de SSR à la suite d'une telle affection. Les effets d'une stratégie de verrouillage seraient alors très limités.
293. Au regard de ces éléments, toute stratégie de verrouillage consistant, pour Elsan, à adresser prioritairement les patients traités dans les cliniques de la nouvelle entité à ses centres de SSR aurait un effet négligeable sur le marché.
294. S'agissant du risque de verrouillage des débouchés, celui-ci peut être écarté au niveau départemental compte tenu de la part de marché d'Elsan inférieure à 30 % sur le marché des centres de SSR, quelle que soit la segmentation retenue.
295. En revanche, au niveau local, la capacité de la nouvelle entité à verrouiller l'accès aux marchés situés en aval ne peut être exclue compte tenu de la part de marché d'Elsan, dans une zone de trente minutes de trajet en voiture autour de la clinique Valdegour⁵⁶, sur les segments relatifs aux affections de l'appareil locomoteur ([50-60] %) et aux affections cardio-vasculaires ([50-60] %).

⁵⁶ La clinique Valdegour est le seul centre de SSR détenu par Elsan situé dans le département du Gard. Les parts de marché d'Elsan sont inférieures à 30 %, quels que soient la segmentation, la méthode et l'indicateur retenus, dans une zone de soixante minutes de trajet en voiture autour de la clinique Valdegour.

296. L'incitation de la nouvelle entité à mettre en œuvre une telle stratégie et les effets de cette stratégie sont, en revanche, limités par le nombre négligeable de séjours de la clinique Valdegour qui ont été suivis d'une hospitalisation en MCO. En moyenne sur les trois dernières années, [60-80] séjours de la clinique Valdegour ont été suivis d'une hospitalisation, soit moins de [0-5] % des séjours totaux des établissements de soins hospitaliers cibles.
297. Au regard de ces éléments, toute stratégie de verrouillage des débouchés aurait un effet négligeable sur le marché.
298. Par conséquent, l'opération n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence, par le biais d'effets verticaux, sur les marchés départementaux et locaux des centres de SSR.

F. ANALYSE DU RISQUE DE CRÉATION OU DE RENFORCEMENT D'UNE PUISSANCE D'ACHAT

299. Une opération de concentration peut porter atteinte à la concurrence par le renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique.
300. L'Autorité de la concurrence considère que « *le renforcement de la puissance d'achat a en règle générale tendance à s'exercer au bénéfice des consommateurs, dès lors que celle-ci n'affecte pas les structures des marchés amont et aval* »⁵⁷. Ainsi, ce n'est que dans la mesure où il porterait atteinte à la concurrence, par exemple en diminuant les capacités financières ou de recherche et d'innovation de certains acteurs, que le renforcement d'une dépendance économique peut porter atteinte à la concurrence sur un marché.
301. Selon la Commission européenne, un renforcement de la puissance d'achat n'est pas considéré comme dommageable pour l'économie lorsqu'il existe (i) une forte concentration de fournisseurs qui détiennent un pouvoir de négociation important, et (ii) une concurrence effective sur le marché de la vente au détail forçant les entreprises concernées à répercuter la baisse des prix obtenue sur les consommateurs⁵⁸.
302. Dans le secteur de la santé, le ministre chargé de l'économie a eu l'occasion de vérifier qu'une opération de concentration n'était pas de nature à créer ou renforcer une puissance d'achat sur un marché national de l'approvisionnement de biens et services par les établissements de santé⁵⁹.
303. Dans le secteur de l'offre de soins, les achats auprès des fournisseurs sont réalisés soit directement par les établissements, soit par l'intermédiaire de centrales d'achat.
304. Au cas d'espèce, Elsan [confidentiel]. Au sein du groupe Hexagone Santé Méditerranée, les achats sont réalisés [confidentiel].
305. Faute de disposer de données sur le montant total de l'achat hospitalier en France, la partie notificante a communiqué une estimation du montant annuel des achats réalisés par les établissements publics de santé qui s'élèverait à environ [confidentiel] d'euros (environ [confidentiel] d'achats médicaux et [confidentiel] d'achats non-médicaux). Le montant annuel des achats combinés des établissements d'Elsan et de la société Hexagone Santé Méditerranée s'élève, en 2018, à environ [confidentiel] d'euros pour les achats médicaux (Elsan : [confidentiel] d'euros ; HSM : [confidentiel] d'euros) et à [confidentiel] d'euros pour les achats non-médicaux (Elsan : [confidentiel] d'euros ; HSM : [confidentiel] d'euros). Ainsi, la part

⁵⁷ Lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations précitées, point 502.

⁵⁸ Décision COMP/M.1224, Rewe/Meinl du 3 février 1999.

⁵⁹ Lettres C2005-14, C2005-125, C2006-105 et C2007-80 précitées.

d'achat de la nouvelle entité sera, après l'opération, inférieure à 10 % au niveau national, HSM représentant par ailleurs une fraction marginale de ces achats au niveau national ([0-5] % au niveau national).

306. Par ailleurs, de nombreux fournisseurs pharmaceutiques ou équipementiers sont des groupes de dimension mondiale, et disposent par conséquent d'un poids économique très important au regard des positions des groupes hospitaliers actifs en France ou de leurs centrales d'achat.
307. Par conséquent, l'opération n'est pas de nature à créer ou à renforcer une puissance d'achat, ou à placer les fournisseurs en état de dépendance économique, sur les marchés concernés.

308. L'Autorité considère que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers par le biais d'effets horizontaux.
309. Tout d'abord, le scénario contrefactuel développé par Elsan en l'absence de l'opération notifiée, à savoir la fermeture de la clinique Kennedy, n'est pas suffisamment certain pour être envisagé comme le scénario à prendre en compte dans le cadre de l'analyse de la présente opération.
310. Ensuite, l'Autorité considère que l'incitation d'Elsan à réaliser de manière intégrale le transfert d'activité de la clinique Kennedy vers les sites PGS et HPF n'est pas établie, au regard notamment du scénario de regroupement de ces trois établissements sur le seul site du PGS qui pourrait être économiquement plus favorable à Elsan. L'opération comporte donc un risque d'appauvrissement de la qualité de l'offre de soins dans les zones situées autour des cliniques nîmoises des parties.
311. En outre, compte tenu de sa position et du pouvoir disciplinant limité des autres opérateurs présents sur le marché, Elsan sera capable et incité à augmenter le tarif des prestations annexes proposées par les établissements qu'il détiendra dans les zones de Nîmes et d'Alès. La nouvelle entité sera également capable et incitée à dégrader la qualité des prestations annexes des établissements concernés.
312. Enfin, eu égard à la forte position de la nouvelle entité en tant qu'offreur sur le marché gardois de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures de soins nécessaires à l'exercice de leur activité, l'Autorité considère qu'Elsan pourra imposer des clauses d'exclusivité de nature à limiter la capacité des médecins exerçant dans ses établissements à exercer dans des établissements concurrents.
313. En revanche, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés de la chirurgie esthétique de confort. Les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux ou par le renforcement d'une puissance d'achat peuvent également être écartés.

IV. Contribution au progrès économique

314. En application des dispositions de l'article L 430-6 du code de commerce, lorsque l'Autorité de la concurrence procède à un examen approfondi d'une opération de concentration, elle « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».
315. Tant le Conseil d'État que les autorités de concurrence ont dégagé des critères d'appréciation applicables à la prise en compte des gains d'efficacité économique. Ainsi, les gains d'efficacité

allégués doivent être quantifiables et vérifiables, spécifiques à la concentration et une partie des gains doit être transférée aux consommateurs, ce qui exclut les gains ne bénéficiant qu'aux parties à l'opération. En outre, il incombe aux parties qui souhaitent faire valoir des gains d'efficacité de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration. Ceci implique que les gains d'efficacité invoqués par les parties soient présentés avec un détail et une spécificité suffisants pour en contrôler l'existence, à défaut de quoi « *l'imprécision des données fournies ne permet pas d'établir que les effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée pourraient être compensés par une contribution suffisante au progrès économique et social* »⁶⁰.

A. ARGUMENTS DE LA PARTIE NOTIFIANTE

316. La partie notifiante soutient que l'opération induira différents types de gains d'efficacité.
317. En premier lieu, au vu de ses précédentes expériences de rachats d'établissements, elle anticipe que l'opération permettra aux établissements cibles de bénéficier de meilleures conditions d'achat tant pour les achats d'ordre médical (gain estimé à [0-5] %) que pour les autres achats et charges externes (gain estimé à [0-5] %). S'agissant des économies à attendre sur les achats d'ordre médical, la partie notifiante s'est également référée à une comparaison des prix d'achat des deux parties pour un échantillon de produits médicaux qui seraient parmi les plus utilisés par les cliniques des parties et représenteraient environ [10-20] % des achats médicaux des cliniques cibles en 2017. Selon cette comparaison, « [confidentiel] ».
318. En deuxième lieu, la partie notifiante fait état de différentes sources d'économies de coûts fixes. D'une part, du fait de la réorganisation sur deux sites de l'offre de soins actuelle des cliniques Kennedy, PGS et HPF, les charges liées à l'entretien des locaux ou aux frais de fonctionnement de la clinique Kennedy, soit [confidentiel] d'euros au total par an, seraient supprimées. D'autre part, la partie notifiante évalue à [confidentiel] par an les « *économies générées par l'opération en termes de frais de personnel* » [confidentiel].
319. En troisième lieu, la partie notifiante soutient que l'opération résultera en une amélioration de la qualité des soins pour les patients, notamment du fait de l'augmentation du nombre d'actes qui seront accomplis dans les cliniques PGS et HPF à l'issue du transfert de l'activité de la clinique Kennedy sur ces deux sites, de nombreuses études démontrant un lien entre nombre d'actes et qualité et sécurité des soins. Dans le cas présent, des gains seraient attendus en particulier pour la maternité, le regroupement des maternités de Kennedy et de PGS sur le site de cette dernière clinique aboutissant à ce que PGS accomplisse environ 2 400 naissances par an, ce qui imposera réglementairement des obligations de présence continue de spécialistes (notamment anesthésistes et pédiatres). La partie notifiante fait également état de gains à attendre en orthopédie, cancérologie, ophtalmologie ou hépato-gastroentérologie, *via* une plus grande spécialisation des équipes et des investissements dans des équipements de pointe coûteux rendus possibles par l'accroissement du nombre d'actes.

⁶⁰ Conseil d'État, arrêt rendu dans la décision relative à la concentration Coca-Cola / Orangina, 9 avril 1999, 201853.

B. APPRÉCIATION AU CAS D'ESPÈCE

320. En ce qui concerne les économies sur les achats, l'Autorité relève que la partie notifiante n'a fourni d'éléments justificatifs de leur montant qui soient spécifiques à l'opération que pour les achats de produits médicaux. La comparaison de coûts en question présente du reste certaines incertitudes quant à sa fiabilité, au vu notamment de la proportion significative d'articles pour lesquels des différences de prix très importantes sont constatées, qui soulève un doute quant à l'identité des produits dont les prix d'achat sont comparés.
321. Quoiqu'il en soit, la partie notifiante n'a pas apporté d'explication précise quant à la façon dont les gains financiers réalisés sur les achats ou sur la masse salariale seraient répercutés aux patients. Elle a simplement invoqué en séance un « *gain indirect* » pour les patients, résultant du fait que la rentabilité accrue des cliniques nîmoises à l'issue de l'opération permettrait à Elsan d'investir dans la rénovation de chambres, d'espaces de circulation de PGS ainsi que de salles opératoires de HPF.
322. Toutefois, le lien entre rentabilité accrue et incitation à procéder à l'ensemble de ces investissements n'a pas été suffisamment démontré. En effet, la pression concurrentielle réduite s'exerçant sur Elsan à l'issue de l'opération pourrait plutôt conduire ce dernier à limiter les investissements qui ne sont pas directement valorisables, via une augmentation des recettes de prestations annexes par exemple, plutôt qu'à les augmenter.
323. Dès lors, l'Autorité considère que les gains sur les achats ou les économies de masse salariale ne remplissent pas l'intégralité des critères requis par la pratique décisionnelle pour être pris en compte au titre de la contribution au progrès économique.
324. S'agissant des gains portant sur la qualité des soins, plusieurs études mettent effectivement en évidence un lien entre nombre d'actes et qualité des soins. Par exemple, certaines études analysant l'activité dans les centres de soins intensifs pour prématurés concluent que la mortalité néonatale diminue avec l'augmentation de l'activité du centre.
325. Lors de l'instruction, la Haute Autorité de santé a cependant souligné la complexité d'une telle relation. Elle a en particulier expliqué lors de son entretien avec les services d'instruction que « *le lien entre volume et qualité n'est pas linéaire* » et que « *le volume global réalisé par l'établissement importe peu. Ce qui importe est le volume réalisé sur une même activité, une spécialité et même parfois un acte [...]. L'analyse de la littérature montre que l'enjeu est celui de la compétence des professionnels et pas du volume en tant que tel. Or, naturellement, la compétence s'acquiert avec la pratique. Ainsi, un établissement disposant d'une équipe de praticiens réalisant un volume important sur un même acte est plus à même de voir la qualité du service rendu s'améliorer. Mais ce n'est pas le seul critère (stabilité des équipes notamment).* » Il convient donc de prendre en compte cette nuance dans l'analyse des gains allégués.
326. En pratique, le nombre d'actes réalisés dans un établissement a pu conduire les pouvoirs publics à définir des seuils qui influent directement sur le niveau de sécurité, pour certaines spécialités. Tel est le cas du nombre de naissances, l'article D. 6124-44 du code de la santé publique fixant à cet égard deux seuils :
- en deçà de 1 500 naissances par an, seule une garde d'astreinte est assurée par un gynécologue-obstétricien et un anesthésiste et un pédiatre doit pouvoir se rendre disponible ;

- au-dessus de ce seuil, un gynécologue-obstétricien et un anesthésiste réalisent la garde dans l'établissement. Un pédiatre doit en outre être disponible en astreinte opérationnelle.
327. Dans le cas d'espèce, avant l'opération, les parties indiquent que le nombre de naissances s'élève à moins de 1 000 par an à la clinique Kennedy et à moins de 1 400 dans les établissements HSM de Nîmes. Le regroupement des maternités des cliniques Kennedy et PGS sur le site de PGS aboutira à ce que cette dernière accomplisse plus de 2 300 accouchements par an, soit un niveau supérieur au seuil de 1 500 naissances par an. Au vu de ce nombre d'actes, la maternité de PGS sera donc soumise à des obligations quant à la présence sur site de gynécologues-obstétriciens et d'anesthésistes, ce qui participera à la qualité et à la sécurité des soins apportés aux parturientes et aux nouveau-nés auxquelles le transfert concomitant du service de néonatalogie sur le site de PGS contribuera.
328. En ce qui concerne enfin les autres spécialités pour lesquelles la partie notifiante soutient que des gains de qualité de soins sont à attendre, la situation est plus ambiguë. D'une part, il a été indiqué par un témoin en séance que le lien entre nombre d'actes et qualité des soins était moins documenté pour ces spécialités, à l'exception de la cancérologie pour laquelle il existe des seuils réglementaires calculés en nombres d'actes. D'autre part, les éléments transmis par la partie notifiante ne permettent pas de démontrer que les augmentations d'activité par site induites par le regroupement envisagé des établissements nîmois, dont les modalités ne sont au demeurant pas arrêtées, bien que significatives, soient suffisantes pour permettre une spécialisation plus forte des praticiens sur des types d'actes donnés. Or, cette spécialisation par type d'acte est l'un des principaux biais de l'amélioration de la qualité des soins selon la HAS.
329. En conséquence, les gains induits par l'opération quant à la qualité des soins ne sont démontrés à suffisance que dans les cas de la maternité. Le « transfert » de ces gains pour les patients est quant à lui incontestable.
330. En conclusion, la partie notifiante a démontré que l'opération contribuerait à la qualité des soins obstétriques, ce qui bénéficierait aux patients. Ces gains ne sont toutefois pas suffisants pour compenser l'ensemble des risques concurrentiels identifiés précédemment, notamment du fait que les risques portant sur la fourniture de prestations annexes à des patients ne relèvent pas seulement de cette spécialité.
331. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui viennent d'être exposés, les gains d'efficacité mis en exergue par la partie notifiante ne sont pas de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Il y a donc lieu d'analyser les engagements proposés par la partie notifiante afin d'apprécier s'ils sont de nature à régler les problèmes de concurrence identifiés précédemment sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers et sur le marché de la mise à disposition des médecins libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité.

V. Engagements

A. LES ENGAGEMENTS PROPOSÉS

332. Afin de remédier aux risques concurrentiels identifiés ci-dessus, la partie notifiante a déposé, le 24 janvier 2020, une première proposition d'engagements qui a été soumise à un test de marché afin de permettre à l'Autorité de recueillir les observations des tiers sur ces remèdes. Elsan a déposé une ultime version des engagements le 7 février 2020, postérieurement à la séance devant le collège de l'Autorité qui s'est déroulée le 4 février 2020.
333. Les engagements, dans leur version du 7 février 2020, permettent de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés par l'Autorité et sont présentés ci-après. Le texte intégral de ces engagements, joint en annexe, fait partie intégrante de la présente décision.
334. Les engagements présentés par la partie notifiante sont destinés à résoudre les problèmes de concurrence liés à la réorganisation de l'offre de soins dans les cliniques nîmoises de la nouvelle entité (1), aux prestations annexes (2) et aux contrats conclus avec les praticiens libéraux (3). Ces engagements seront soumis au contrôle d'un mandataire (4).

1. ENGAGEMENTS RELATIFS À LA RÉORGANISATION DE L'OFFRE DE SOINS DES CLINIQUES NÎMOISES DES PARTIES

335. Elsan s'engage à transférer l'intégralité de l'offre de soins de la clinique Kennedy, entendue comme l'ensemble des activités de médecine, chirurgie et obstétrique existant au 7 février 2020 (ci-après, « Offre de soins »), sur les sites de PGS et HPF, dans un délai maximum de [confidentiel] à compter de la date de la présente décision.
336. Le transfert vers PGS et HPF portera sur :
- toutes les immobilisations corporelles et incorporelles essentielles (y compris les droits de propriété intellectuelle) qui, au moment du transfert intégral, contribuent au fonctionnement de la clinique Kennedy ou sont nécessaires pour garantir sa viabilité et sa compétitivité à l'exception de ses actifs immobiliers ;
 - toutes les autorisations délivrées par l'ARS au bénéfice de la clinique Kennedy et nécessaires à la poursuite de l'offre de soins de cette clinique ;
 - le personnel nécessaire à la prise en charge de l'offre de soins transférée sur le nouveau site d'activité (soit PGS ou NHPF, selon les disciplines concernées) ; et,
 - les contrats d'exercice conclus par la clinique Kennedy avec l'ensemble de ses praticiens.
337. À des fins de précision, l'ensemble des éléments considérés comme nécessaires pour procéder au transfert intégral de l'activité de la clinique Kennedy au sein des cliniques cibles est listé en annexe A des engagements. En outre, dans l'hypothèse où elle rencontrerait des difficultés pour procéder au transfert des immobilisations corporelles ou incorporelles, du personnel et des contrats d'exercice libéral, la partie notifiante s'engage à mettre à disposition des cliniques cibles les moyens nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des établissements, qui viendraient ainsi remplacer ceux qui n'ont pas pu être transférés. Elle procédera en particulier, si nécessaire, à des recrutements de personnel et de médecins libéraux. Il convient enfin de préciser que le transfert des autorisations délivrées par l'ARS devra être réalisé dans le respect des procédures existantes.

338. Afin de préserver l'effet de l'engagement de transfert, Elsan s'engage à maintenir l'intégralité de l'offre de soins existant au sein de PGS et HPF, et, une fois le transfert réalisé, l'intégralité de l'offre de soins de la clinique Kennedy telle que transférée, et ce jusqu'au 6 mars 2028 inclus. En particulier, Elsan s'engage, pendant cette durée, à :
- maintenir, à PGS et HPF, une capacité suffisante pour assurer la prise en charge de leurs besoins actuels et des besoins actuels correspondant à l'offre de soins de la clinique Kennedy transférée sur ces établissements ;
 - maintenir les contrats d'exercice conclus par PGS et HPF ainsi que les contrats d'exercice conclus par la clinique Kennedy et transférés, ou, en cas de résiliation ou de départ à la retraite d'un ou plusieurs praticiens, à remplacer le ou les praticiens partants ;
 - faire ses meilleurs efforts pour assurer le maintien et, s'agissant des autorisations qui arriveraient à échéance pendant la période de huit ans à compter de la date de la présente décision, pour obtenir le renouvellement des différentes autorisations nécessaires au maintien de l'offre de soins existante au sein des cliniques PGS, HPF et Kennedy.

2. ENGAGEMENTS RELATIFS AUX PRESTATIONS ANNEXES

339. Afin de répondre aux problèmes de concurrence liés à la qualité et au prix des prestations annexes, Elsan propose un deuxième ensemble d'engagements. Ces engagements portent sur les prestations annexes telles que visées à l'article R. 162-27 du code de la sécurité sociale, soit principalement l'accès à une chambre particulière, les prestations offertes aux accompagnants du patient ou la mise à disposition des patients de la télévision et du WiFi. Sont exclues du champ de cette définition les interventions de chirurgie esthétique de confort.
340. Elsan s'engage à maintenir le contenu et le standard de qualité de l'offre existante en matière de prestations annexes en hospitalisation complète au sein des établissements cibles et, jusqu'au transfert, de la clinique Kennedy. Ces offres seront proposées à des tarifs ne dépassant pas les tarifs actuels des prestations annexes en hospitalisation complète (i) en médecine chirurgie et (ii) en maternité de la clinique Kennedy. Elles pourront simplement connaître une évolution tarifaire annuelle qui, pour une année N, ne pourra pas dépasser celle de l'indice des prix à la consommation français (hors énergie et tabac) de l'année N-1 publié par l'Insee (ci-après, l'« IPC »). S'agissant spécifiquement des établissements cibles, en cas d'indisponibilité du niveau de chambre particulière demandé par un patient au sein de cette offre, Elsan s'engage à héberger ce patient dans une chambre particulière de niveau supérieur, sans supplément tarifaire, tant que des chambres particulières de niveau supérieur sont disponibles.
341. En ce qui concerne les prestations annexes en ambulatoire, Elsan s'engage à maintenir l'offre existante au sein de la clinique Kennedy et de la clinique Bonnefon à un contenu et un standard de qualité au moins identiques à ceux qui sont actuellement proposés. Ces offres seront proposées à un tarif ne dépassant pas le tarif actuel. Elles pourront toutefois connaître une évolution tarifaire annuelle qui, pour une année N, ne pourra pas dépasser celle de l'IPC de l'année N-1 (hors énergie et tabac).
342. L'ensemble de ces engagements sont souscrits pour une durée de 10 ans à compter de la date de la présente décision.
343. Elsan s'engage également à mettre en place au sein de la clinique Kennedy une offre incluant la mise à disposition d'une chambre particulière ambulatoire « sèche », c'est-à-dire sans aucune autre prestation annexe proposée au patient, à un tarif ne dépassant pas la différence entre (i) le tarif de l'offre de chambre particulière ambulatoire et (ii) le tarif de l'offre « confort ambulatoire » existants à la clinique Kennedy le 7 février 2020. Cette offre pourra connaître

une évolution tarifaire annuelle qui, pour une année N, ne pourra pas dépasser celle de l'IPC de l'année N- 1 (hors énergie et tabac). L'offre de chambre particulière ambulatoire « sèche » sera proposée aux patients de la clinique Kennedy dans un délai de [confidentiel] à compter de la date de la présente décision et elle sera maintenue jusqu'à la réalisation effective du transfert.

344. Dans l'hypothèse où Elsan déciderait de proposer une offre de chambre particulière ambulatoire sur les sites des cliniques HPF et PGS, la partie notifiante a pris un engagement identique de mise à disposition d'une chambre particulière ambulatoire « sèche » à un prix plafonné, pour une durée de 10 ans. En cas d'indisponibilité du niveau de chambre particulière ambulatoire demandé par un patient des cliniques PGS et HPF au sein de cette offre, Elsan s'engage à héberger ce patient dans une chambre particulière ambulatoire de niveau supérieur, sans supplément tarifaire, tant que des chambres particulières ambulatoires de niveau supérieur sont disponibles.
345. Dans le but de garantir l'effet utile de l'engagement, Elsan s'engage enfin, pendant toute la durée des engagements, à présenter systématiquement et de manière objective l'offre de prestations annexes existante aux patients des établissements cibles et de la clinique Kennedy, jusqu'au transfert intégral de l'activité de celle-ci.
346. En vertu de ces engagements, Elsan reste libre de fixer un tarif des prestations annexes inférieur aux tarifs actuellement pratiqués par les établissements concernés. Les engagements ne s'opposent en outre pas à ce qu'Elsan développe un ou plusieurs niveaux d'offre au contenu enrichi, dans les établissements concernés, en plus de l'offre actuelle de prestations annexes de ces établissements et de l'offre de chambre particulière « sèche » en ambulatoire qui sont décrites ci-dessus.
347. Par ailleurs, Elsan s'engage, pendant dix ans à compter de la date de la présente décision, à ne pas dénoncer ni résilier les conventions actuellement en vigueur entre les trois établissements cibles et le groupement « la Mutualité Française ».

3. ENGAGEMENTS RELATIFS AUX CONTRATS CONCLUS AVEC LES PRATICIENS LIBÉRAUX

348. Elsan s'engage, pendant dix ans à compter de la date de la présente décision, à ne pas inclure de clause d'exclusivité dans les contrats d'exercice libéral de tout praticien nouvellement recruté ou exerçant déjà au sein des établissements cibles et de la clinique Kennedy jusqu'au transfert intégral de l'activité de celle-ci. La clause d'exclusivité visée par le présent engagement s'entend comme une « *clause par laquelle un praticien s'engage à consacrer exclusivement à une clinique ou à un groupe de cliniques l'intégralité de son activité et à ne pratiquer son art que dans les locaux dudit établissement ou groupe d'établissements.* »
349. Par exception, une clause d'exclusivité pourra être conclue, avec l'accord écrit du mandataire chargé du contrôle après échange avec l'Autorité, dans le cas où l'exclusivité est demandée par le praticien et réciproque, c'est-à-dire également concédée par l'établissement cible au bénéfice du praticien concerné ou de son équipe. Toutefois, les clauses d'exclusivité ainsi conclues ne pourront empêcher les praticiens d'effectuer des vacations au sein du GHT Cévennes-Gard-Camargue.

4. CONTRÔLE D'UN MANDATAIRE SUR L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS

350. Le contrôle de la mise en œuvre de l'ensemble de ces engagements sera confié à un mandataire chargé du contrôle, pendant toute la durée des engagements.

B. APPRÉCIATION DES ENGAGEMENTS PROPOSÉS

1. SUR L'OBJECTIF DES REMÈDES

351. Les mesures destinées à remédier aux atteintes à la concurrence résultant de l'opération notifiée doivent être conformes aux critères généraux définis par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et la jurisprudence du Conseil d'État afin d'être jugées suffisantes pour assurer une concurrence effective sur les marchés concernés, conformément aux dispositions de l'article L. 430-7 du code de commerce.
352. Ainsi que le précisent les lignes directrices de l'Autorité précitées, ces mesures doivent être efficaces en permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées. À cette fin, leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'elles soient rédigées de manière suffisamment claire et précise et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées. Leur mise en œuvre doit également être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'elles ne sont pas réalisées. Elles doivent en outre être contrôlables. Enfin, l'Autorité doit veiller à ce que les mesures correctives soient neutres, au sens où elles doivent viser à protéger la concurrence en tant que telle et non des concurrents spécifiques.
353. L'Autorité recherche en priorité des mesures correctives structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs, sauf lorsque des remèdes de nature comportementale s'avèrent tout aussi efficaces pour compenser les atteintes à la concurrence. Le paragraphe 576 des lignes directrices précise à ce titre que « [l]e choix du type de mesure corrective le plus adapté est également fonction des effets de l'opération. Lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence essentiellement en raison du chevauchement horizontal des activités des parties, les cessions d'actifs sont les remèdes les plus efficaces. En revanche, lorsqu'il faut remédier à des risques de verrouillage de marchés en amont ou en aval, des remèdes comportementaux visant à garantir l'accès des concurrents aux intrants ou à la clientèle peuvent s'avérer suffisants tout en préservant les gains d'efficacité liés à l'intégration verticale. Il en va de même pour les concentrations conglomerales. »

2. SUR L'ADÉQUATION DES MESURES PROPOSÉES

a) Sur l'adéquation du type de remède proposé par la partie notifiante

354. En l'espèce, la proposition d'engagements des parties revêt un caractère mixte puisqu'elle comprend à la fois un volet structurel et un volet comportemental. Le principal volet de la proposition d'engagements, de nature structurelle, vise à remédier aux risques d'effets horizontaux liés à un appauvrissement de la qualité de l'offre de soins qui résulterait d'un éventuel transfert partiel d'activité de la clinique Kennedy. La proposition d'engagements comprend également un volet comportemental de long terme, accompagnant les remèdes structurels. Ce volet comportemental vise spécifiquement les risques liés aux prestations annexes et aux relations entre les établissements concernés et les praticiens libéraux.
355. Il convient de souligner que l'engagement mixte proposé par Elsan constitue une solution davantage adaptée au cas d'espèce que la cession d'une des cliniques nîmoises des parties, dans la mesure où elle permet de sauvegarder les gains d'efficacité liés au regroupement de l'activité de la clinique Kennedy sur les deux sites de PGS et HPF décrits ci-dessus (voir en ce sens les paragraphes 314 et suivants, ci-dessus). En effet, si les arguments mis en avant par Elsan ne permettent pas de conclure à l'existence de gains d'efficacité suffisants pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence identifiés, ceux-ci doivent toutefois être pris en compte dans le cadre de l'analyse de la pertinence des remèdes nécessaires pour autoriser l'opération.

356. Ainsi, le regroupement des activités des cliniques nîmoises permettra notamment aux établissements regroupés de réorganiser de façon optimale la structure de l'offre de soin dans un contexte de surcapacité qui caractérise le bassin nîmois. La DGOS, lors de son audition, a d'ailleurs déclaré : « [e]n l'espèce, nous pensons que [...] l'opération conduira à renforcer l'offre privée à Nîmes et permettra des projets de coopérations entre établissements publics et privés. Aujourd'hui plusieurs projets public-privé ou privé-privé existent. De notre point de vue, le fait qu'une même entité gère plusieurs cliniques va faciliter les regroupements de service n'ayant pas la taille adéquate et permettre de développer une offre plus solide au niveau régional. Ceci vaut en tout cas à Nîmes. L'opération permettrait aux cliniques concernées d'atteindre la taille critique adéquate pour la demande de soins dans le bassin nîmois. »
357. En outre, ainsi qu'il a été exposé précédemment, le gain en qualité lié au regroupement d'activité est particulièrement tangible s'agissant de l'activité d'obstétrique puisqu'il permettrait d'atteindre un nombre de naissances proche de 2 400. En franchissant le seuil de 1 500 naissances prévu à l'article D. 6124-44 du code de la santé publique, la nouvelle maternité de PGS disposera d'une présence permanente d'un gynécologue-obstétricien et d'un anesthésiste-réanimateur. En outre, le franchissement du seuil de 2 000 naissances l'obligera à prévoir l'astreinte d'un pédiatre. Un tel regroupement permettra également d'éviter les transferts des parturientes et de leurs nouveau-nés de PGS vers le service de néonatalogie de la clinique Kennedy, PGS ne disposant pas à ce jour d'un service de néonatalogie.
358. Enfin, la réunion des activités d'oncologie sur un site unique permettra également une amélioration globale de la qualité des soins, pour ce type de pathologie.
359. En conséquence, le remède mixte proposé par la partie notificante est proportionné puisqu'il permet de régler les problèmes de concurrence précédemment identifiés, tout en permettant la réalisation de ces gains d'efficience.
- b) Sur l'adéquation de chaque engagement pour répondre aux problèmes de concurrence identifiés
- (i) *Les engagements relatifs à la réorganisation de l'offre de soins des établissements nîmois des parties*
360. Elsan s'engage à réaliser le transfert intégral de l'Offre de soins de la clinique Kennedy, telle qu'existante au 7 février 2020, date de dépôt de la proposition finale d'engagements, vers les sites de PGS et HPS dans un délai de [confidentiel] à compter de la date de la présente décision. Elsan s'engage en outre à maintenir jusqu'au 6 mars 2028 inclus, soit pour une durée de 8 ans, les activités de PGS et HPF, telles qu'existantes à la date de réalisation de l'opération, incluant les activités de la clinique Kennedy.
361. Cet engagement permet d'écarter le risque d'appauvrissement de l'offre de soins dans les zones des établissements nîmois des parties.
362. Tout d'abord, la force obligatoire de l'engagement dont le périmètre inclut l'intégralité de l'Offre de soins de la clinique Kennedy permet de pallier l'incertitude qui demeure, à l'issue de l'analyse concurrentielle, quant à l'incitation d'Elsan à réaliser le transfert d'activité de manière intégrale. À cet égard, l'Autorité considère que le délai maximal de [confidentiel] au sein duquel Elsan est tenu de procéder au transfert constitue un délai raisonnable pour permettre que ce dernier ait lieu sans compromettre la qualité de l'offre de soins dispensée dans les différents établissements concernés. Les autorités de santé ont ainsi indiqué, lors de la séance devant le collège de l'Autorité, que ce délai était réaliste et conforme à la pratique dans le secteur pour procéder à une telle réorganisation, compte tenu notamment de son caractère structurant pour les cliniques nîmoises. En outre, l'engagement prévoit que, durant [confidentiel] voués au

transfert d'activité, Elsan n'abandonnera pas certaines activités de la clinique Kennedy avant leur transfert sur les sites de PGS ou HPF, garantissant ainsi l'effet utile de l'engagement.

363. Ensuite, s'agissant du périmètre de l'engagement de transfert, la définition donnée à « *l'Offre de soins* » permet d'inclure sans ambiguïté l'ensemble de l'activité des établissements concernés, à savoir la médecine, la chirurgie et l'obstétrique.
364. Plusieurs dispositions permettent d'écartier tout risque qu'Elsan puisse vider de leur substance les engagements en alléguant de l'émergence de difficultés concrètes lors de la réalisation du transfert. Ainsi, les engagements prévoient spécifiquement qu'en cas d'impossibilité de transférer les immobilisations essentielles à l'activité, Elsan s'engage à mettre à disposition des sites de PGS et HPF des immobilisations équivalentes « *dans des conditions assurant le bon fonctionnement de cet établissement* ». De même, s'agissant du personnel et des praticiens, dans l'éventualité où certains n'acceptent pas le transfert, Elsan s'engage à recruter le personnel disposant des compétences nécessaires à la prise en charge de l'activité concernée. Ainsi, le transfert s'opérera à périmètre d'activité constant. La large majorité des répondants au test de marché considère que le périmètre du transfert est pertinent.
365. Par ailleurs, l'engagement de maintien de capacités suffisantes en termes d'infrastructure et de personnel permettra de garantir une qualité d'accès aux soins au moins identique avant et après l'opération pour les patients situés dans la zone de Nîmes. À cet égard, il convient de préciser que l'appréciation des « *capacités suffisantes pour assurer la prise en charges [des] besoins actuels* » des trois cliniques nîmoises s'appréciera d'un point de vue quantitatif (ainsi qu'il ressort des différents paramètres précisés par l'engagement) mais aussi qualitatif c'est-à-dire en tenant notamment compte du temps d'attente. Aux termes de l'engagement, il appartiendra donc à Elsan d'éviter qu'une situation de sous-capacité de ces établissements par rapport aux besoins en soins des patients ne se matérialise, ce qui pourrait se traduire pour ces derniers en un délai d'attente augmenté pour recevoir des soins.
366. L'Autorité relève que les engagements prévoient également une obligation de moyens à la charge d'Elsan de fournir ses meilleurs efforts pour voir renouvelées les autorisations dont disposent actuellement les établissements nîmois de la nouvelle entité. Si la décision de renouvellement relève de l'appréciation de l'ARS, cette obligation de moyen permet toutefois d'éviter qu'Elsan n'organise l'appauvrissement de son offre en décidant, sciemment, de ne pas faire le nécessaire pour obtenir le renouvellement de ses autorisations.
367. Enfin, l'engagement de maintien de l'activité des cliniques nîmoises après le transfert s'étend jusqu'au 6 mars 2028 inclus. Ce délai permet d'écartier tout risque d'appauvrissement de l'offre de soins postérieurement au transfert d'activité.
368. Dans leur majorité, les répondants au test de marché n'identifient pas d'obstacle au transfert d'activité et au maintien de celle-ci postérieurement au transfert.
369. Cet engagement structurel sera contrôlé par un mandataire qui sera chargé de veiller au transfert de l'ensemble des activités de la clinique Kennedy et au maintien de l'offre de soins proposée dans les différents établissements nîmois des parties. Cet engagement fera notamment l'objet d'un avis motivé dans le trimestre suivant la réalisation de l'intégralité du transfert.

(ii) Les engagements relatifs aux tarifs et à la qualité des prestations annexes

370. Les engagements relatifs au maintien des offres actuelles de prestations annexes des établissements de la nouvelle entité concernés par l'opération, en termes de qualité, contenu et tarifs répondent directement au risque de hausse de tarif et de baisse de la qualité de ces prestations en privant Elsan de sa capacité à dégrader les principaux paramètres de l'offre des établissements concernés.
371. S'agissant de l'offre d'hospitalisation complète et de maternité, le patient continuera de disposer, en vertu des engagements, d'une offre de base dont le contenu, la qualité et les tarifs sont issus du rapport concurrentiel existant entre Elsan et ses principaux concurrents, dont la cible, avant l'opération. En outre, les engagements laissent à Elsan la liberté d'enrichir l'offre de prestations annexes proposées dans les établissements à un tarif qu'il déterminera seul, notamment au sein des établissements cibles, dans l'intérêt des patients.
372. À cet égard, l'existence d'une offre de base au tarif ne dépassant pas le tarif actuellement pratiqué par les établissements des parties aura pour effet de limiter les incitations d'Elsan à fixer un tarif trop élevé pour les gammes nouvellement créées, par crainte que le patient se reporte sur l'offre de base. En prévoyant l'obligation pour Elsan de fournir au patient une chambre particulière de gamme supérieure en cas d'indisponibilité du niveau de gamme demandé, les engagements permettent également d'éviter qu'Elsan n'organise une sous-capacité de chambre particulière d'un certain niveau de gamme (et notamment de l'offre de base) qui viendrait contourner l'esprit de l'engagement et supprimer le mécanisme autorégulateur vis-à-vis des prestations annexes qui seront introduites, à l'avenir, dans l'offre de la nouvelle entité.
373. S'agissant de l'offre de prestations annexes dans le cadre d'une prise en charge ambulatoire, les engagements imposent à Elsan de maintenir le contenu, la qualité et les tarifs de l'offre actuellement existants au sein de la clinique Kennedy et de la clinique Bonnefon, PGS et HPF ne proposant pas à date d'offre de chambre particulière en ambulatoire. À l'instar de ce qui vient d'être indiqué s'agissant de l'offre de prestations annexes en hospitalisation complète, cet engagement garantit que le patient continuera de disposer d'une offre de base dont le contenu, la qualité et les tarifs sont issus du rapport concurrentiel existant entre Elsan et ses principaux concurrents, dont la cible, avant l'opération.
374. Au-delà du simple maintien de l'offre de prestations annexes existante, les engagements prévoient en outre la création d'une offre de chambre particulière « sèche » en hospitalisation ambulatoire au sein de la clinique Kennedy et, le cas échéant, à PGS et HPF. Cette offre sera proposée à un tarif ne dépassant pas la différence entre l'offre « Confort » de la clinique Kennedy, qui n'inclut pas de chambre particulière, et l'offre « Chambre particulière », soit 35 €. Cet engagement permet de prévenir un appauvrissement de l'offre de prestations annexes par rapport à la situation qui aurait prévalu sans l'opération. En effet, en l'absence de l'opération, il est vraisemblable qu'une offre de chambre particulière ambulatoire aurait été développée, dans un délai rapide, au sein des cliniques PGS et HPF puisqu'une telle offre existe déjà au sein de la clinique Bonnefon. Or, une telle situation aurait vraisemblablement conduit Elsan à modifier sa propre offre de prestations annexes en ambulatoire, en proposant notamment une chambre particulière « sèche », tarifée à un prix inférieur à l'offre « chambre particulière » actuelle qui, outre la chambre particulière, inclut plusieurs autres prestations obligatoires.
375. L'engagement place donc Elsan dans une situation proche de celle qui aurait existé en l'absence de l'opération et l'oblige à proposer une telle offre au sein de la clinique Kennedy et, dans

l'hypothèse où elle envisagerait de développer une offre de prestations annexes en ambulatoire au sein des cliniques nîmoises des cibles, à y intégrer une offre de chambre « sèche ».

376. Il convient enfin de noter que ces engagements sont aisément contrôlables. Les articles L. 1111-3 à L. 1111-3-5 du code de la santé publique prévoient une obligation de transparence tarifaire sur les tarifs des prestations annexes. Quant au maintien de la qualité de ces prestations, il peut être suivi *via* le retour des questionnaires e-Satis et l'indicateur Scope Santé des établissements concernés. En outre, les engagements concernent en l'espèce un nombre limité d'établissements, à savoir trois après le transfert de l'activité de la clinique Kennedy.
377. Ces engagements, souscrits pour une durée de 10 ans, permettent donc aux patients de bénéficier de manière durable d'une offre de prestations annexes dans les conditions qui étaient celles qui prévalaient avant l'opération. La majorité des répondants au test de marché ont d'ailleurs considéré que la première version des engagements, très proche de la version définitive, était apte à éliminer les problèmes de concurrences identifiés.
378. L'efficacité et la crédibilité de ces engagements relatifs aux prestations annexes est renforcée par la désignation d'un mandataire qui sera chargé de contrôler leur exécution, s'agissant tant du maintien de l'offre de prestations annexes existante que de la création d'une nouvelle offre de chambre particulière « sèche » en cas de prise en charge ambulatoire telle que prévue par les paragraphes 12 (d) et (e) des engagements.

(iii) L'engagement relatif aux contrats conclus avec les praticiens libéraux

379. En prévoyant l'interdiction pour Elsan d'insérer dans les contrats avec les praticiens, existants ou à venir, des clauses d'exclusivité au profit de la clinique Kennedy, PGS, HPF et la clinique Bonnefon, l'engagement permet de remédier au problème de concurrence identifié sur le marché de la mise à disposition des praticiens libéraux d'infrastructures nécessaires à l'exercice de leur activité. L'Autorité estime que la durée de dix ans prévue pour cet engagement est suffisante pour prévenir aussi bien les risques relatifs aux contrats existants entre la nouvelle entité et ses praticiens, que les contrats à conclure lorsque la nouvelle entité recrutera de nouveaux praticiens.
380. La possibilité d'insérer une clause d'exclusivité réciproque permet de répondre à la difficulté soulevée par la partie notifiante : en l'absence d'une telle protection, elle pourrait se retrouver en difficulté dans l'hypothèse où un médecin bénéficiant d'une exclusivité d'exercice dans l'un de ces établissements délaisserait son activité au sein de ce dernier au profit d'un établissement concurrent. La clinique se verrait ainsi privée de la possibilité de recruter un nouveau praticien et serait obligée de réduire son offre de soins dans la spécialité concernée.
381. L'engagement encadre strictement cette exception. Premièrement, l'insertion d'une telle clause devra au préalable être validée par le mandataire, après échange avec l'Autorité : l'insertion d'une telle clause fera donc l'objet d'un contrôle *a priori*. Deuxièmement, l'engagement prévoit explicitement que cette clause ne pourra faire obstacle à la réalisation par le praticien de vacations auprès des établissements appartenant au GHT Cévennes-Gard-Camargue, qui regroupe les principaux établissements concurrents des parties sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers. La clause ne viendra donc pas assécher l'offre de soins proposée par les principaux établissements concurrents des parties, qui pourront toujours continuer à recruter, dans leur cadre usuel, les praticiens libéraux exerçant au sein des cliniques de la nouvelle entité.
382. Enfin, le principe de cette clause d'exclusivité réciproque n'a pas soulevé de remarque auprès de la quasi-totalité des répondants au test de marché. Au contraire, les répondants au test de

marché ont, dans leur majorité, confirmé la capacité de l'engagement à éliminer le problème de concurrence identifié. Par ailleurs, une forte majorité n'identifie pas de difficulté de mise en œuvre de cet engagement.

(iv) *Clause de réexamen*

383. À l'exception de l'engagement relatif au maintien de l'offre de soins dans les cliniques nîmoises qui est souscrit pour une durée de 8 ans à compter de la présente décision, les présents engagements sont souscrits pour une durée de 10 ans.
384. Les engagements prévoient toutefois que l'Autorité pourra « [...] lever, modifier ou remplacer, un ou plusieurs Engagements si les circonstances de droit ou de fait prises en compte à l'occasion de l'examen de l'Opération venaient être modifiées de manière significative au point de remettre en cause l'analyse concurrentielle sur les marchés concernés et donc la nécessité des Engagements. »
385. Les circonstances de droit ou de fait visées par cette clause pourraient en l'espèce prendre, par exemple, la forme d'une modification de la législation ou de la structure des marchés étudiées dès lors qu'elle serait de nature à avoir un impact substantiel sur l'analyse concurrentielle exposée dans le cadre de la présente décision.

c) Conclusion

386. Il ressort de ces éléments que la proposition d'engagements d'Elsan, constituée d'un engagement structurel renforcé par plusieurs engagements comportementaux, permet en l'espèce de répondre efficacement aux différents problèmes de concurrence identifiés tout en préservant les gains d'efficacité qui s'opéreront, au bénéfice des patients, à la suite du transfert de l'activité de la clinique Kennedy vers les cliniques PGS et HPF.
387. Ces engagements s'accompagnent, pendant toute leur durée, de la désignation d'un mandataire destiné à en assurer le contrôle. Ce dispositif est un gage de leur efficacité et de leur crédibilité.

DÉCIDE

Article unique : L'opération notifiée sous le numéro 19-110 est autorisée sous réserve des engagements décrits ci-dessus et annexés à la présente décision.

Délibéré sur le rapport oral de M. Pierre Boyadjian, Mme Sara Darley-Reygner et M. Cédric Nouël de Buzonnière, rapporteurs, et l'intervention de M. Étienne Chantrel, rapporteur général adjoint, par M. Emmanuel Combe, vice-président, président de séance, Mme Fabienne Siredey-Garnier et M. Henri Piffaut, vice-présidents.

Pour le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

Le vice-président,

Emmanuel Combe