

## Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du vendredi 16 décembre 2011 : « Le secteur de la santé »

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTresor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d'un économiste et d'un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés. Les séances réunissent donc un économiste et un juriste qui, après une présentation générale, confrontent leurs avis sur un cas pratique (décision de justice, avis d'une autorité...).

Lors du dernier séminaire, organisé le 16 décembre 2011, **Jérôme Philippe** (avocat associé du cabinet *Freshfields Bruckhaus Deringer*) et **Laurent Flochel** (vice-président du cabinet de conseil en économie CRA Charles River Associates) ont débattu au sujet du secteur de la santé. La séance a été animée par **Anne Perrot**, Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence.

### INTRODUCTION D'ANNE PERROT, VICE-PRESIDENTE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

Le secteur de la santé est un secteur particulièrement intéressant pour l'analyse concurrentielle, certes intellectuellement, mais aussi parce que les enjeux pratiques ont des conséquences importantes. Les **particularités du secteur** sont globalement assez bien identifiées par les économistes. Il est tout d'abord caractérisé par une **asymétrie d'information très forte entre médecins et patients**, ce qui explique en partie la régulation du système de santé. Allant de pair, on constate un phénomène de **demande induite par l'offre** : par exemple, selon les zones géographiques, le nombre d'actes de chirurgie pratiqués augmente avec le nombre de chirurgiens présents. En outre, la **différence d'identité entre le consommateur et le payeur des soins** implique que les mécanismes concurrentiels habituels, qui amènent les consommateurs à arbitrer entre les différentes offres, ne jouent pas pleinement. Enfin, le secteur de la santé est un secteur organisé verticalement de manière sophistiquée. **L'offre de soins fait intervenir de nombreux acteurs différents : professionnels de santé, hôpitaux, pharmaciens, assurance maladie, assureurs complémentaires... et un nouvel acteur, les réseaux de soins**, parfois organisés en plateformes de réseaux.

S'agissant du médicament, **le cœur de métier de l'industrie du médicament est l'innovation**. Celle-ci est **protégée par un système de brevet, qui soustrait momentanément les innovations au jeu de la concurrence**, ce que l'on retrouve classiquement dans d'autres secteurs. Dans la chronologie du médicament, l'expiration du brevet mène à une période de friction, pendant laquelle des médicaments génériques arrivent sur le marché pour concurrencer les médicaments innovants. La protection de l'innovation, demandée par les innovateurs, se fait donc grâce au système de brevet, ce dernier devant ensuite laisser place au jeu de la concurrence. L'innovation sur le marché du médicament est

également caractérisée par de très importants coûts fixes. L'analyse concurrentielle des stratégies de prédation, de remises de couplage ou des pratiques tarifaires en général doit se faire au cas par cas, de manière plus sophistiquée que sur d'autres secteurs, où l'essentiel des coûts sont variables.

**La santé est considérée par les économistes comme un bien public**, et son financement est socialisé. Ceci explique **pourquoi la régulation est très prégnante, aussi bien dans le secteur du médicament que dans l'offre de soin. Pour autant, la régulation n'exclut pas que la concurrence ait un rôle à jouer** et l'articulation entre ces deux outils est très subtile. Les objectifs poursuivis par la régulation et la politique de la concurrence sont bien évidemment les mêmes, à savoir la promotion d'une offre de qualité et diversifiée. La régulation exerce des contraintes sur le niveau des prix, mais influe également sur la gouvernance de l'offre de soins. À ce titre, l'apparition de réseaux de soins semble changer de manière importante le fonctionnement de l'offre de soins. Pour l'Autorité de la concurrence, il s'agit d'un progrès mais cet avis n'est pas partagé par l'ensemble des acteurs.

L'Autorité a examiné à plusieurs reprises des problèmes relatifs au secteur de la santé. Dans le domaine du médicament, les autorités de concurrence sont confrontées à une opposition entre laboratoires princeps et génériqueurs à la tombée du brevet. D'autres cas touchent à l'organisation des professions de santé, dans lesquelles les ordres professionnels peuvent contribuer à amoindrir le niveau de l'intensité concurrentielle entre les professionnels. Plus récemment, la constitution des réseaux de soins a posé des problèmes inédits aux autorités de concurrence, notamment dans le cas des réseaux dits fermés.

**Le fil conducteur de ce séminaire est donc la place de la concurrence dans ce secteur régulé, au niveau du médicament et de l'offre de soins.**

## LE SECTEUR DU MEDICAMENT

### 1. Intervention de Jérôme Philippe, avocat associé du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer.

#### **a. Les différends entre laboratoires princeps et génériques sont régulièrement portés devant les autorités de concurrence.**

On recense de nombreuses procédures devant l'Autorité de la concurrence saisie sur plaintes dans le secteur du médicament, témoignant d'une forte concurrence entre princeps et génériques, qui donnent lieu à une pratique décisionnelle fournie. Ainsi, la décision n°07-D-09 du Conseil de la concurrence (Flavelab c/ GlaxoSmithKline), réformée par la cour d'appel de Paris, a constitué le premier cas où le Conseil a retenu une pratique de prédation par réputation. **Une question fréquemment soumise aux autorités de concurrence concerne les pratiques de dénigrement.** Des cas récents, faisant suite à des plaintes de génériqueurs, concernent ainsi des allégations de dénigrement par le laboratoire titulaire du princeps de la qualité des génériques concurrents.

## **b. La régulation du prix du médicament en France évolue vers un système de prix de référence, favorisant la libre-concurrence.**

Le secteur du médicament est soumis à une **très forte régulation des prix**, à la fois pour le médicament princeps et pour les médicaments génériques. Les laboratoires surveillent fortement la fixation du prix, qui s'avère déterminante dans la dynamique du marché. Dans la chronologie du processus de fixation du prix du médicament, la première étape consiste à fixer le prix du médicament innovant. Selon un accord-cadre de 2008 signé avec les professionnels, ce prix est fixé en fonction de l'amélioration du service médical rendu (ASMR), par comparaison avec les principaux marchés étrangers comparables (Allemagne, Espagne, Royaume-Uni, Italie), après avis de la commission de transparence. Après un premier échange sur l'ASMR, le prix est fixé par convention entre le laboratoire princeps et le Comité Economique des Produits de Santé (CEPS dépendant du Ministère de la santé), et le principe de son ajustement ultérieur (fonction du temps, du volume des ventes ou du coût de traitement journalier) est acté dans une clause de révision. Les médicaments « contre-génériques » font figure d'exception à l'ASMR, ces médicaments étant en réalité considérés comme des génériques. Puis, à l'issue du brevet, les génériques arrivent sur le marché avec une décote de l'ordre de 55 %. Les titulaires du brevet princeps sont alors conduits à proposer une baisse de prix, en général de l'ordre de 15%. La régulation a ici un impact incitatif sur le développement des génériques.

Jusqu'à un arrêt du Conseil d'État du 11 juin 2007, l'incitation au développement des génériques s'est effectuée selon deux mécanismes alternatifs. Le premier mécanisme prévoit pour les officines des taux de remise maximum sur le prix fournisseur hors taxe (PFHT) de 2,5% pour le médicament princeps, contre près de 17 % pour les génériques. Ce régime a été assoupli par la possibilité de transférer au pharmacien une partie de la marge du grossiste, et par conséquent d'augmenter les taux de remise maximum autorisés. Ce premier mécanisme a été conçu pour être le mécanisme par défaut. Dans les cas où il ne conduit pas à un développement suffisant des génériques, un second mécanisme peut être mis en place à la discrétion du CEPS : l'incitation vise alors les patients à travers le niveau de remboursement du médicament. Le remboursement s'effectue alors non plus sur la base du prix payé, mais sur la base **d'un tarif forfaitaire de responsabilité (TFR)** pour l'ensemble de la famille (princeps et génériques) ; dans ce cas, le taux de remise maximum permis au princeps est aligné sur celui des génériques. Le TFR est fixé au prix moyen des génériques.

Par son arrêt précité de 2007, le Conseil d'État a remis en cause l'existence du premier mécanisme, en privilégiant l'emploi du second, à la suite d'un recours de GlaxoSmithKline en excès de pouvoir contre le refus du CEPS de mettre en place un TFR pour le médicament princeps *clamoxyll*. L'arrêt du Conseil d'État reconnaît le pouvoir du CEPS à mettre en place le deux mécanismes alternatifs. Toutefois, le premier mécanisme, différenciant les taux de remise maximum entre princeps et génériques, constitue une distorsion de la concurrence, au contraire du second qui apparaît comme un bon compromis entre la sauvegarde de la libre-concurrence et l'objectif de contenir les dépenses de santé. En annulant la décision de refus du CEPS et en l'obligeant à reconsidérer son choix, le Conseil d'État contraint le CEPS à présenter des arguments sérieux pour refuser le TFR à un laboratoire innovant. Ainsi, le TFR, initialement optionnel, devient le mécanisme principal.

2. Intervention de Laurent Flochel, Vice-président du cabinet de conseil en économie CRA Charles River Associates.

**a. Les deux périodes d'existence d'un médicament : protection du brevet puis concurrence entre princeps et génériques**

Il existe **deux étapes dans la chronologie d'un médicament** : premièrement, une **période de protection du brevet**, puis une **période de concurrence après expiration du brevet**. **Des problématiques de concurrence peuvent intervenir dans chacune des deux périodes.**

- Dans la première, il n'existe pas de concurrence frontale entre laboratoires mais certaines pratiques soulèvent des interrogations, telles que les *patents settlements* entre princeps et génériqueurs, ou lorsque les laboratoires remplacent un médicament princeps par un médicament amélioré et rebreveté (*product hopping*). En outre, l'innovation est rémunérée en première période selon une évaluation du service médical rendu spécifique à chaque pays, traduisant une certaine disposition à payer, ce qui engendre des différentiels de prix entre les États membres de l'Union Européenne. Ces différences incitent à un arbitrage, et parfois à des importations parallèles de médicament.
- La deuxième période est une période de concurrence sur le marché, entre princeps et génériqueurs. Cette concurrence s'inscrit dans le cadre de systèmes de régulation très différents selon les pays.

**b. Les différents systèmes de régulation existants**

**Lorsque les prix sont administrés**, les laboratoires princeps et génériqueurs se font concurrence par le biais des grossistes répartiteurs ou en vente directe. En France, le prix fournisseur hors taxe (PFHT) est différent selon que le médicament est princeps ou générique, lorsque le TFR ne s'applique pas. **Les pharmaciens peuvent alors obtenir des remises régulées**, les rabais sur le prix de gros étant le moyen par lequel princeps et génériqueurs se font concurrence. **Le prix remboursé par l'assurance maladie étant fixé, les remises bénéficient au pharmacien, et non à l'assurance maladie.**

**Dans un mécanisme de prix de référence**, comme celui du TFR en France et dans de nombreux pays européens, les médicaments sont en général remboursés sur la base d'un **tarif commun au princeps et aux concurrents génériques**. La limite de ce mécanisme réside dans l'existence d'un prix plancher, au-delà duquel l'assuré paie la différence. Il existe cependant parfois une incitation à vendre en dessous de ce prix, auquel cas le rabais est partagé entre le pharmacien et l'assurance maladie. La régulation est cette fois-ci symétrique entre princeps et génériques.

**Concrètement, on constate une hétérogénéité très forte des prix de vente des médicaments génériques en pharmacie selon les systèmes de régulation des différents pays européens**, par exemple près de 7 fois plus cher en France qu'au Royaume-Uni, selon des données de 2006. Une étude de Danzon et Chao (2000)<sup>1</sup>, comparant l'évolution des prix

---

<sup>1</sup> Danzon, P. et Chao, L.-W., 2000, *Does Regulation Drive out Competition in Pharmaceutical Markets?*, Journal of Law and Economics, University of Chicago Press, vol. 43(2), pp. 311-57.

dans différents pays occidentaux, conclut que **le système de prix de référence incite à une concurrence en prix et pousse davantage les prix à la baisse.**

En Allemagne et aux Pays-Bas, les assurances maladies mettent les laboratoires en concurrence pour obtenir des prix bas, par le biais d'appels d'offres ou d'enchères, ce qui met en place une concurrence pour le marché. Le système britannique semble enfin le plus atypique. Les différents laboratoires se font concurrence pour vendre aux officines, qui sont remboursées sur la base de prix régulés. Le prix de remboursement du princeps est fixé par le Pharmaceutical Price Regulation Scheme (PPRS), tandis que celui des médicaments génériques est fixé et publié dans le *Drug Tariff*. Ce dernier est cependant révisé très régulièrement (mensuellement ou trimestriellement). Il est principalement indexé sur la moyenne des prix de gros, déclarés par les laboratoires au National Health Service. La concurrence en prix bénéficie ainsi au consommateur.

Pour finir, on pourrait proposer un système concurrentiel « efficace » consistant en une **concurrence en prix libre, avec égalité de traitement entre princeps et génériques**. Dans ce cas, le **prix de remboursement serait indexé sur les prix de gros les plus bas. Un tel système profiterait au consommateur, puisqu'il serait le bénéficiaire de la concurrence entre les différents laboratoires.**

### **3. Réactions :**

- Anne Perrot : **Le fonctionnement supposé vertueux du système de régulation britannique pose question.** Sans indexation du remboursement sur le prix de gros, il existerait une incitation à produire à moindre coût, quitte à ce que cette capacité soit révélée. **L'indexation du remboursement incite au contraire les fabricants et pharmaciens à converger vers un équilibre où le prix pratiqué par les fabricants auprès des pharmaciens est élevé,** les pharmaciens étant remboursés sur la base de ce prix élevé. Laurent Flochel : L'intensité de la concurrence est déterminante dans ce cas, en empêchant d'éventuelles coordinations qui permettraient de maintenir un prix élevé au pharmacien.

- **Intervention de la salle** : *La possibilité de laisser le princeps faire concurrence en prix au générique, en s'ajoutant au déficit de réputation des génériques lors de leur entrée sur le marché, risque de dissuader l'entrée de concurrents au princeps.* Laurent Flochel : Cette question est celle de la spécificité du secteur de la santé par rapport aux autres secteurs de l'économie, qui ne sont pas soumis à une régulation pro-entrée. Pourquoi ce secteur nécessiterait-il une régulation asymétrique en faveur des nouveaux entrants ? Seul le déficit de notoriété pourrait expliquer que l'argument du prix ne suffise pas à orienter les choix du patient.

- **Intervention de la salle** : *Les princeps et les génériques servent-ils un même marché pertinent ?* Anne Perrot : Le critère de substituabilité des offres n'est pas suffisant pour délimiter le marché pertinent, encore faut-il que les offres puissent véritablement se faire concurrence, ce qui n'est pas immédiat vu l'importance de la régulation. Toutefois, les stratégies des laboratoires princeps, lorsqu'ils tentent de convaincre le pharmacien de la meilleure qualité de leurs médicaments, sont l'indice qu'il s'agit d'un même marché pertinent. Laurent Flochel : Les différents systèmes de régulation évoqués n'ont pas d'incidence sur les problèmes de dénigrement observés sur le marché.

- **Intervention de la salle** : Sur les marchés matures (États-Unis, Royaume-Uni), ce sont les noms des molécules qui sont prescrits, et non le nom des marques. On constate au moment de friction que les génériques s'octroient la grande majorité du marché.

## **L'ORGANISATION DE L'OFFRE DE SOINS**

### **1. Intervention de Laurent Flochel**

#### **a. Les différentes restrictions sur l'offre de soins et leurs justifications.**

L'offre de soins est caractérisée par de **fortes restrictions**, en premier lieu **sur la structure du capital et l'actionnariat des officines**. L'interdiction de racheter des officines dans la plupart des professions a un impact direct sur la constitution de réseaux, seule la croissance interne étant autorisée. Cette régulation peut aboutir à un problème d'efficacité allocative, si d'éventuelles économies d'échelles ne peuvent être atteintes que par croissance externe.

Il existe également des restrictions **sur la liberté d'entrer** (quotas), ainsi que sur les comportements concurrentiels, à travers des **réglementations déontologiques qui dépassent le droit de la concurrence** (comme par exemple des interdictions de vente passive au-delà de territoires exclusifs). Le principe d'une auto-gestion par les conseils n'est pas problématique pour les aspects déontologiques, mais peut l'être pour les questions économiques.

Différents arguments sont avancés pour justifier une telle réglementation. La première est l'existence d'une demande induite par l'offre. Plusieurs études semblent montrer que le nombre d'actes médicaux sur un territoire donné augmente avec le nombre de chirurgiens ou de médecins. Ceci justifie la mise en place d'un *numerus clausus*. L'argument de la demande induite est invoqué pour justifier l'absence de libre entrée pour les pharmacies. Il serait intéressant de voir les études empiriques étayant un tel phénomène de demande induite pour les pharmacies. Deuxièmement, la qualité des soins est difficilement observable par le patient, avant la prestation mais aussi après. La prestation de soins entre dans la catégorie des biens dits de confiance, au sujet desquels la théorie économique préconise un système de certification, qui est une forme de réglementation. En outre, les prix ne peuvent agir ici comme signal de qualité, à cause de leur régime de fixation.

#### **b. Le rôle des assureurs dans le développement de la concurrence sur l'offre de soins.**

**Les consommateurs finaux ne sont pas le bon aiguillon de la concurrence : ils n'observent pas la qualité et ne paient pas ou peu pour ce qu'ils consomment.** A l'inverse, les assureurs sont effectivement les payeurs, et disposent de données agrégées leur permettant d'obtenir plus d'informations sur la qualité des soins pratiqués. La pression concurrentielle peut donc être mieux exercée par les assureurs, sous différentes formes. Parmi elles figure la constitution de réseaux de soins : dans ce cas, les assureurs complémentaires contractent avec des gestionnaires de réseau, qui eux-mêmes s'accordent avec différents offreurs de soins pour exercer un meilleur contrôle sur la qualité et la tarification des prestations. Cette nouvelle forme d'organisation de l'offre génère deux types de questions : d'une part, si la relation entre gestionnaires de réseau et réseaux de soins est une relation

verticale, existe-t-il des restrictions verticales (territoires exclusifs par exemple) ? En outre, la coordination des offreurs de soins peut-elle être à l'origine de restrictions horizontales ?

Une première question posée par les relations verticales entre gestionnaires de réseaux et offreurs de soins porte sur les conditions d'accès des professionnels aux réseaux de soins. Il existe en effet deux types de réseaux de soins, fermés ou ouverts, selon que le nombre de professionnels adhérents au réseau, dans une zone géographique donnée, est limité ou non. Les réseaux fermés mettent de fait en concurrence les offreurs de soins, incités à soumettre des engagements tarifaires ou de qualité plus importants pour y entrer. A priori, la concurrence pour le marché sera plus féroce si le réseau est fermé. Les autres questions portent sur la possibilité pour un offreur d'appartenir à plusieurs réseaux de soins, de même que l'existence de territoires exclusifs pour les offreurs.

Les réseaux de soins pourraient également favoriser l'émergence de restrictions horizontales, par l'affaiblissement de la concurrence entre offreurs du réseau. Tout dépend en réalité de la manière dont les gestionnaires de réseaux organisent la tarification et la concurrence entre les offreurs. La mise en concurrence des offreurs de soins étant précisément l'objectif des gestionnaires de réseau, également acheteurs de soins, il existe une incitation naturelle à organiser le marché d'une manière pro-concurrentielle. Enfin, le transfert des gains d'efficacité aux consommateurs dépend de l'intensité de la concurrence entre assureurs.

## **2. Intervention de Jérôme Philippe**

### **a. L'émergence des réseaux de soins.**

Les réseaux de soins reposent sur des partenariats conventionnels entre des assureurs complémentaires ou des gestionnaires de réseau d'un côté, et des professionnels de santé de l'autre : en contrepartie d'efforts tarifaires mais aussi d'autres avantages (tiers payant, transparence, etc.), les professionnels adhérents voient les réseaux de santé orienter leurs assurés vers eux. Ce système, basé sur un avantage mutuel, existe pour l'essentiel dans 4 secteurs : opticiens, dentistes, pharmaciens et audioprothésistes.

Ces réseaux de soins sont le plus souvent fermés pour les opticiens, c'est-à-dire soumis à une limitation quantitative des offreurs de soins dans une zone géographique donnée. Pour les 3 autres secteurs, ce sont des réseaux ouverts. Les réseaux fermés permettent d'obtenir des engagements plus importants des professionnels car ces derniers peuvent recevoir plus de patients grâce à une moindre concurrence dans le réseau. À ce jour, aucun réseau ne prévoit d'exclusivité. Un professionnel peut ainsi être membre de plusieurs réseaux, ce qui est central pour le fonctionnement du marché vu la taille de certains réseaux : la MGEN a par exemple contracté avec 25 000 des 36 000 dentistes exerçant en France, selon des données de l'avis n°09-A-46 de l'Autorité de la concurrence.

Les adhérents sont incités à se diriger vers les professionnels membres du réseau, par exemple grâce à des tarifs préférentiels. Ce dispositif ne va pas de soi juridiquement car le libre choix du praticien est un des grands principes de la médecine, érigé en principe général du droit par un arrêt du Conseil d'État de 1998. La Cour de cassation a tranché ce point en 2010 (pourvoi n°09-10241), à l'occasion d'un litige entre la MGEN et un de ses assurés. Ce dernier avait obtenu un remboursement de soin dentaire plus faible car il n'avait pas consulté un praticien du réseau de la MGEN, ce qui avait motivé le litige. Après un premier jugement

d'une juridiction de proximité, en faveur de la MGEN, la Cour de cassation donne finalement raison à l'assuré en rappelant que le code de la mutualité dispose que les mutuelles « ne peuvent instaurer des différences dans le montant des prestations qu'en fonction des cotisations payées ou de la situation de famille des intéressés » à l'exclusion de tout autre justification qui serait discriminatoire. L'affaire est renvoyée au fond, à suivre. Au cours d'un litige analogue très récent, la MGEN avance un nouvel argument, celui de la contrariété aux articles 101 et 102 du TFUE de la discrimination entre les mutuelles, qui supportent cette restriction issue du code de la mutualité, et les autres assureurs complémentaires (assureurs ou institutions de prévoyance) qui n'y sont pas soumis. Cet argument a donné lieu à une question préjudicielle soumise à la Cour de justice de l'Union Européenne, encore pendante (affaire C-603/11).

**L'émergence de ces réseaux se fait difficilement en France et a déjà donné lieu à de nombreux litiges.** On constate une **forte opposition des syndicats de praticiens et des ordres des professions concernées**, dont les pratiques ont été à plusieurs reprises examinées par l'Autorité de la concurrence. On peut citer par exemple les décisions n°10-D-11 de l'Autorité de la concurrence et n°09-D-07 du Conseil de la concurrence, qui règlent des affaires opposant le réseau Santéclair respectivement au Syndicat National des Ophthalmologistes de France et à l'Ordre National des Chirurgiens Dentistes. Les pratiques condamnées par l'Autorité de la concurrence visaient à évincer le réseau Santéclair du marché, en faisant notamment pression sur les praticiens offreurs de soins du réseau pour qu'ils quittent ce dernier. Dans le premier cas, l'Autorité a identifié un boycott des opticiens du réseau par les ophtalmologistes, pratique concertée contraire au droit de la concurrence, tandis que dans le second, les pratiques d'éviction ont été jugées d'autant plus graves qu'elles s'appuyaient sur l'autorité morale déontologique d'un ordre professionnel.

#### **b. L'Autorité de la concurrence met en avant les effets pro-concurrentiels des réseaux de soins (avis n°09-A-46).**

Face à cette situation, l'Autorité de la concurrence a été sollicitée pour avis par le ministre chargé de l'économie sur les effets du développement des réseaux de soins sur la concurrence. Les principales questions posées étaient les suivantes : peut-on appliquer le cadre juridique des relations verticales, y compris l'exemption ? Quelles sont les principales dynamiques de concurrence à l'intérieur de chaque réseau et entre les réseaux ? Existe-il un risque d'effet cumulatif si un certain nombre de pratiques se généralise : risque d'alignement des prix suite à des accords tarifaires, publications de prix moyen. Les réseaux fermés sont-ils dangereux pour la concurrence ? Les clauses d'exclusivité, qui n'existent pas aujourd'hui, constituent-elles un risque à l'avenir ?

Dans son avis n°09-A-46 du 9 septembre 2009, l'Autorité de la concurrence rappelle que les réseaux de santé entrent bien dans le champ du droit de la concurrence. Il s'agit d'analyser la concurrence entre mutuelles, assurances, institutions de prévoyance, qui relèvent de réglementations différentes mais se font concurrence sur un même marché. L'Autorité rappelle également sa pratique tant décisionnelle que consultative, qui fonde la plupart des analyses présentées dans l'avis :

- la décision n°91-D-04, qui demande notamment l'abrogation des clauses d'exclusivité interdisant aux professionnels d'appartenir à plusieurs réseaux, ou des conventions instituant un barème de prix ;

- l'avis n°98-A-15, relatif aux réseaux de garagistes, qui affirme que la limitation du nombre de professionnels dans un réseau (caractéristique d'un réseau fermé) ne constitue pas une restriction de concurrence, si elle incite les professionnels à proposer des réductions tarifaires plus importantes, et du moment qu'il existe un certain nombre de garde-fous (durée des conventions non excessive, absence de position dominante de l'assureur, absence d'obligation de l'assuré à fréquenter un professionnel du réseau) ;
- l'avis n°98-A-17, qui recommande d'éviter toute disposition visant à fixer un prix minimum ou fixe ;
- l'avis n°99-A-17, selon lequel les critères de choix du professionnel doivent être objectifs, transparents et non discriminatoires. En outre, les conventions devraient être diffusées à tout professionnel en faisant la demande.

L'Autorité explique par ailleurs qu'il existe bien une relation verticale entre les professionnels de santé et les assureurs complémentaires, qui sont les acheteurs de soins « par subrogation des assurés ». En particulier, le règlement d'exemption verticale par catégorie s'applique, en l'absence de « clause noire » (notamment prix imposés) et si les parts de marché (amont/aval) sont inférieures à 30%, ce qui est le cas pour la plupart des réseaux actuels.

L'Autorité analyse ensuite les trois marchés qui mettent en relation les différents acteurs des réseaux de soins :

- Concernant le **marché de l'adhésion aux réseaux**, qui met en relation assureurs complémentaires et prestataires de soins, les engagements de qualité et de tarification des professionnels, en contrepartie d'une orientation de la demande de soins, s'apparentent à une remise de quantité, conforme au droit de la concurrence. Ces remises sont plus élevées dans le cadre des **réseaux fermés** car ces derniers garantissent aux professionnels une orientation plus importante des patients vers l'offre de soin. Si les réseaux ouverts ne posent *a priori* aucun problème au regard du droit de la concurrence, les principales critiques sur les réseaux fermés, avancées par les professionnels, portent sur un possible verrouillage du marché pour les professionnels et les patients. Ces effets négatifs sont cependant limités par l'absence de clause d'exclusivité et par le fait que les assurés exercent massivement leur droit de fréquenter des professionnels hors réseau. Au final, **l'Autorité de la concurrence fixe divers critères devant être respectés pour que les réseaux de soins améliorent le fonctionnement concurrentiel du marché : durée « raisonnable » des conventionnements (3 ou 4 ans), transparence des réseaux concernant les listes des professionnels adhérents, absence de clause d'exclusivité.**
- Sur le **marché des biens et services de santé**, qui met en relation professionnels et patients, le **risque d'un alignement tarifaire**, plus important lorsque des grilles de tarifs maximums sont émises par les assureurs, est **à relativiser au regard des bénéfices apportés**. D'une part, l'Autorité rappelle que « l'unicité des prix ne constitue pas en elle-même l'indice d'un affaiblissement de la concurrence ou de l'existence de pratiques anticoncurrentielles » (cf. avis n° 98-A-15). D'autre part, ce risque d'alignement tarifaire semble compensé par la diminution de l'asymétrie d'information qui se manifeste lorsque le patient n'est pas orienté par son assureur, ce dernier ayant en outre intérêt à acheter les soins au prix le plus bas. Il en résulte un

bilan plutôt positif de ce système, dès lors que les réseaux de santé sont convenablement gérés par les assureurs complémentaires.

- Le dernier **marché** est celui **des assurances complémentaires**, qui se font concurrence pour attirer les patients dans leurs réseaux. L'Autorité de la concurrence suggère une **plus grande transparence sur le nombre de professionnels adhérents des réseaux** par zone géographique, ce qui permettrait aux assurés d'arbitrer plus facilement entre les différentes offres. Les principales craintes portent sur un **possible phénomène d'anti-sélection**, selon lequel les patients anticipant un risque de maladie plus élevé choisiraient d'adhérer davantage ou non à un réseau de soins, ce qui aurait un effet important sur la dynamique des prix de l'adhésion aux réseaux par rapport aux contrats traditionnels. Si ce risque existe, on ignore encore dans quel sens pourrait jouer ce phénomène. Ceci dépend de la manière dont les patients valorisent le libre choix de leur praticien et anticipent les possibles baisses de prix permises par l'adhésion à un réseau de soins.

**Au final, l'Autorité se prononce en faveur des réseaux de santé, considérant que leur apport pro-concurrentiel dépasse les éventuels risques relevés par le ministre dans sa saisine.**

**c. Deux autres secteurs liés à l'offre de soins connaissent des difficultés à se restructurer : les pharmacies et les cliniques.**

**Les pharmacies sont actuellement régies en France par les principes d'unicité et de propriété**, selon lesquels un pharmacien doit être le propriétaire de son officine et ne peut être propriétaire que d'une seule officine, **auquel s'ajoute un numerus clausus**. Ces principes, qui limitent fortement la possibilité d'une restructuration du secteur, ont été validés totalement ou partiellement par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Dans un premier arrêt (C-531/06 du 19 mai 2009), faisant suite à un recours en manquement de la Commission européenne contre l'Italie, la Cour a validé les principes d'unicité et de propriété en vigueur en Italie, qui sont proches de ceux existant en France. La Cour se prononce sur le fondement du principe de liberté de prestation de service, d'établissement et de circulation des capitaux. Elle admet que « les États membres peuvent exiger que les médicaments soient distribués par des pharmaciens jouissant d'une indépendance professionnelle réelle », ce qui valide les principes d'unicité et de propriété. En effet, les États membres peuvent en conséquence exiger une présence minimale du pharmacien dans son officine et interdire l'existence de chaînes de pharmacies recrutant des pharmaciens salariés, dont l'intérêt privé à réaliser des bénéfices ne serait pas pondéré par la spécificité du métier de pharmacien (formation, déontologie, etc.).

Deux arrêts de 2010 (aff. jointes C-570/07 et C-571/07 du 1<sup>er</sup> juin 2010) valident certaines restrictions à la liberté d'établissement s'apparentant à un numerus clausus, pour tenir compte de l'objectif « visant à répartir les pharmacies d'une manière équilibrée sur le territoire national ». La Cour raisonne ainsi implicitement à nombre de pharmacies constant, car c'est sous cette hypothèse que le numerus clausus permet d'accomplir cet objectif. La Cour pose toutefois deux conditions : il doit rester des zones avec peu de pharmacies, sans quoi la mesure ne se justifierait pas ; en outre, un numerus clausus qui aurait pour effet de geler en pratique toute création de pharmacie ne rentre pas dans le cadre toléré. Cet arrêt

pourrait avoir un impact sur le numerus clausus français, dont l'effet réel s'apparente plus à un gel complet et qui, en conséquence, pourrait ne pas bénéficier de la même tolérance de la Cour.

Les **hôpitaux et cliniques** connaissent actuellement une **phase de restructuration importante, encouragée** notamment par les **Agences Régionales de Santé (ARS)**, qui sont en charge de la réorganisation des bassins de santé. Jusqu'ici, la taille des opérations ne dépasse pas en général le seuil nécessitant un contrôle des concentrations. Cependant, **les logiques de concentration et de protection de la concurrence, qui visent les mêmes objectifs d'efficacité et de réduction des coûts de santé, pourraient s'opposer à terme.**

### 3. Réactions

- Anne Perrot : on retrouve avec les réseaux de soins le même problème d'incitation à réduire les coûts que dans le secteur du médicament. Avant la création des réseaux de soins, l'assureur, payeur en bout de chaîne, était passif à l'égard de la relation contractuelle entre offreurs et demandeurs de soins. Désormais, l'acheteur de soins est fondamentalement attaché au prix et à la qualité de ce qu'il va acheter, ce qui constitue une manière vertueuse de faire jouer la concurrence car on retrouve les incitations antagonistes d'un acheteur et d'un vendeur. Concernant la restructuration des bassins de santé, les autorités de concurrence ont vu apparaître divers organismes publics tels que les SROS ou les ARS, qui élaborent une planification des bassins de santé. Les autorités de concurrence ne considèrent pas que cette planification soit en soi anticoncurrentielle. Elles ont cependant déjà eu affaire à des problèmes concurrentiels liés indirectement à la centralisation des moyens et des équipements (radios, scanners, IRM). Dans ce cas, l'accès de l'ensemble des praticiens à ces équipements doit être non-discriminatoire.

- ***Intervention de la salle** : L'extension des réseaux va-t-elle conduire à une négociation avec d'autres professionnels de santé (laboratoires, médecins spécialisés en secteur 2 avec dépassement d'honoraires) ou avec les établissements médico-sociaux (maisons de retraite) ?*  
Laurent Flochel : Du point de vue économique, le modèle de réseaux de soins n'a pas de raison d'être limité à quelques professions seulement car l'acheteur de soins est dans tous les cas l'assureur complémentaire. Des raisons juridiques ou déontologiques pourraient néanmoins faire obstacle. Anne Perrot : Dans la continuité du développement des réseaux de santé figurent en premier lieu les laboratoires d'analyses médicales. La même logique économique peut s'appliquer aux médecins, mais les ordres de médecins mettent en avant des arguments déontologiques pour protéger leur mode de fonctionnement.

- ***Intervention de la salle** : Concernant le regroupement des cliniques, le conflit de moyens est plus apparent aux États-Unis, où plusieurs décisions de rejet au niveau du Department of Justice ont été réformées cette année par la cour d'appel pour raison d'État.*  
Anne Perrot : La restructuration des bassins de santé en France s'appuie sur des éléments d'économie de la santé, selon lesquels un seuil minimum d'opérations chirurgicales ou d'accouchements est nécessaire pour obtenir un niveau de qualité satisfaisant. Ceci explique la nécessité de regrouper les petites structures, quitte à faire davantage déplacer les patients. L'important est de savoir à partir de quel moment ce seuil est atteint. Jérôme Philippe : L'*efficiency defence* est en général difficile à mettre en œuvre en contrôle des concentrations. La restructuration du secteur des hôpitaux et cliniques sera un bon test pour juger de la

capacité des autorités de concurrence à faire prendre en compte les arguments d'*efficiency defence*. On aura dans ce cas des concentrations importantes mais soutenues par les ARS au nom de l'efficacité. Anne Perrot : Les autorités de concurrence ont souvent du mal à prendre en compte les gains d'efficience car ces derniers sont allégués par les parties, sans être véritablement démontrés ou étayés par des éléments factuels. Lorsque de telles affaires apparaîtront, les autorités devront disposer de données et d'études publiques sur les seuils à partir desquels les concentrations cessent de générer des gains d'efficacité.



Freshfields Bruckhaus Deringer

---

# Séminaire Philippe Nasse

Le secteur de la santé

Jérôme Philippe

16 décembre 2011

---

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP



# Deux thèmes

---

1. Le prix du médicament remboursable
2. La restructuration de l'offre de soins

# Le médicament

---

Contexte de concurrence *princeps* c/ génériques

Nombreuses procédures devant l'Autorité / la Commission

COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca du 15 juin 2005 (60 M€ amende)

07-D-09 : Flavelab c/ GlaxoSmithKline du 14 mars 2007 (10 M€ amende)  
(sur base de « réputation de prédation ») (réformée par CA Paris)



## 07-MC-06 : Arrow Génériques c/ Schering-Plough

---

- Plainte + demande de MC pour abus de position dominante
- Arrow exploite le générique buprénorphine haut dosage (BHD)
- Schering-Plough exploite le princeps Subutex
- Pratiques dénoncées
  - 1- Dénigrement (« *Fallait-il attribuer une AMM au générique ?* »)
  - 2- Passage à une commercialisation en direct vers les officines clients d'Arrow, saturation des linéaires, remises sous couvert de paiement d'une étude, délais de paiement plus long
- Schering-Plough dominant
- 1 et 2 abusifs a priori, d'autant plus que 2 est ciblé
- Atteinte grave et immédiate au marché (entrave au dév. des génériques)
- Attribution de MC : publication d'un communiqué de SP ; engagement de SP de ne pas supprimer le Subutex même si le Suboxone est mis sur le marché ; fin des pratiques commerciales litigieuses
- Recours devant CA Paris rejeté ; pourvoi rejeté



## 09-D-38 : Ratiopharm c/ Janssen-Cilag

---

- Plainte + demande de MC pour abus de position dominante
- Ratiopharm exploite le générique fentanyl (antidouleur)
- Janssen-Cilag (J&J) exploite le princeps Durogesic
- Pratiques dénoncées
  - 1- Pressions vis-à-vis de l'AFSSAPS pour bloquer l'AMM du fentanyl
  - 2- Dénigrement auprès des médecins et pharmaciens
  - 3- Prix prédateurs sur un marché public pour 20 CHU (quasi-gratuité)
- Janssen-Cilag susceptible d'être dominant sur le marché français des antalgiques opioïdes de palier III
- 1 non abusif a priori, 2 abusif a priori, 3 à préciser par instruction au fond
- Absence d'atteinte grave et immédiate
- Rejet des MC et poursuite de l'instruction au fond



## Et encore....

---

10-D-16 : Teva c/ Sanofi-Aventis (clopidogrel / Plavix) :  
rejet des MC, poursuite au fond

10-D-37 : Min. Finances c/ UCB Pharma (cétirizine)  
non lieu

# La régulation du prix du médicament remboursable

---

- L.162-16-4 (CSS) et accord cadre du 25 sept 2008 : prix du médicament fixé principalement en fonction de l'amélioration du service médical rendu (ASMR), en comparaison avec les principaux marchés étrangers comparables (All, Esp, RU, Ita)
- ASMR : par comparaison avec les médicaments existants ; avis de la commission de transparence
- fixation par convention entre l'exploitant du médicament et le CEPS
- exception : les « contre-génériques » et les « me-too »
- clauses de révision de prix: dans le temps ou en fonction du volume ou de l'évolution du coût de traitement journalier
  
- Arrivée des génériques : décote normale de 55 %
- Entraîne en général une baisse de prix de 15% du princeps



# Inciter au développement des génériques

---

Deux mécanismes alternatifs :

- incitation des officines :

remise maximale de 17 % PFHT au lieu de 2,5 % (art. 138-9 CSS)

+ tout ou partie de la marge grossiste en cas de vente directe  
(arrêté du 4 août 1987 modifié)

- incitation des patients :

Tarif Forfaitaire de Responsabilité, par classe de générique

- doit faire l'objet d'une décision du CEPS

- seul le TFR sera remboursé ; le complément de prix  
reste à la charge du patient

- la remise maximale aux officines est portée à 17 %  
pour tous (+ marge grossiste le cas échéant)



## Le tarif forfaitaire de responsabilité

---

- A compter de 2003, possibilité d'établir des groupes basés sur la bioéquivalence de leurs composants, permettant de rassembler un médicament *princeps*, avec l'ensemble de ses génériques, au sein d'une catégorie.

- Aux termes de l'article L.162-16 du code de la sécurité sociale:

Par dérogation au principe général de remboursement sur la base du prix réel,

*« Pour les médicaments figurant dans un groupe générique, la base de remboursement des frais exposés par les assurés peut être limitée à un tarif forfaitaire de responsabilité décidé par le Comité économique des produits de santé (CEPS) »*

➤ Tout le groupe générique peut se voir appliquer un TFR fixé par le CEPS.



# Le tarif forfaitaire de responsabilité

---

- Méthode de calcul du TFR :

Le TFR correspond à la moyenne des prix affichés par les médicaments génériques et permet d'unifier la prise en charge offerte par l'assurance maladie pour l'ensemble du groupe concerné.

- Finalité du TFR :

Le TFR constitue la base de la prise en charge de la sécurité sociale dans une finalité d'encouragement à privilégier les médicaments génériques.

Ce TFR s'inscrit dans la politique de maîtrise des dépenses de santé, le TFR d'un générique étant normalement inférieur au prix du *princeps*.



# Quand la faculté (de fixer un TFR) devient ... ... un peu plus qu'une faculté

---

## Conseil d'Etat, 11 juin 2007, Laboratoire GlaxoSmithKline.

Le laboratoire GSK avait saisi le Conseil d'Etat par la voie de l'excès de pouvoir afin d'obtenir l'annulation de la décision du CEPS refusant la fixation d'un TFR pour le groupe générique constitué par le Clamoxyl (princeps) et les génériques Amoxicilline.

*« il appartient au CEPS de recourir à l'un de ces deux mécanismes, en particulier de mettre en œuvre la faculté qui lui est ouverte d'égaliser les plafonds des taux de remises en créant un TFR ;*

*ce faisant, il doit concilier l'objectif de développement de la vente des génériques en vue de réduire le montant des dépenses d'assurance maladie avec l'obligation qui lui incombe de ne pas adopter de décision dont les effets économiques porteraient au principe d'égalité une atteinte qui excéderait ce qui est nécessaire à l'objectif poursuivi de maîtrise des dépens publics de santé et, de ce fait, porterait également atteinte au libre jeu de la concurrence »*

Toutefois :

*« cette annulation n'implique que l'obligation de réexaminer la demande »*

---

# L'offre de soins

---

- a. Les réseaux de soins agréés
- b. Les pharmacies
- c. Les hôpitaux et cliniques



# Les réseaux de soins agréés

---

Les Organismes Complémentaires d'Assurance Maladie (OCAM) :

- sélectionnent certains professionnels de santé,
- passent des partenariats conventionnels avec eux
  - incitant à une modération tarifaire
  - mettant en place des avantages pour les assurés
- et orientent leurs assurés prioritairement vers ces professionnels

Mis en place dans 4 secteurs :

- opticiens (réseaux fermés)
- chirurgiens – dentistes (réseaux ouverts)
- pharmaciens (réseaux ouverts)
- audioprothésistes (réseaux ouverts)



# Les réseaux de soins agréés

---

Engagements du professionnel de santé :

- tiers payant ;
- modération tarifaire (parfois, prix plafond)
- qualité des services (gammes, services, normes,...)

Engagements de l'OCAM :

- orientation des assurés (via l'envoi de listes directes, via un meilleur remboursement)
- dans les réseaux fermés : nombre limite de professionnels sélectionnés pour le secteur dans la zone géographique

Aucun réseau ne prévoit d'exclusivité

## Les réseaux de soins agréés – Panorama en 2009

---

<b>AGF / Santéclair</b>	<b>5 millions d'assurés</b>	<b>1.350 opticiens / 11.000</b> <b>3.200 dentistes / 36.000</b> <b>600 pharmacies / 28.000</b> <b>100 audioproth. / 2.250</b>
<b>MGEN</b>	<b>3,3 millions d'assurés</b>	<b>1.600 opticiens / 11.000</b> <b>25.600 dentistes / 36.000</b>
<b>Groupama / Gan</b>	<b>2 millions d'assurés</b>	<b>1.500 opticiens / 11.000</b> <b>3.500 dentistes / 36.000</b>
<b>Axa / Itélis</b>		<b>1.500 opticiens / 11.000</b> <b>3.300 dentistes / 36.000</b>
<b>Swiss Life / Carte Blanche</b>	<b>2 millions d'assurés</b>	



# Les différences de remboursement dans / hors réseaux

---

- Pour bénéficier des tarifs préférentiels pratiqués par les membres d'un réseau, les assurés sont invités à se tourner de préférence vers ceux-ci.
- Le montant de leur remboursement sera plus élevé qu'avec un praticien hors du réseau

MAIS

- **Le libre choix du praticien** fait partie des cinq grands principes de la médecine libérale, au même rang que **la liberté d'installation**, **la liberté de prescription**, **le paiement direct des honoraires** et **le secret professionnel**.
- Le Conseil d'Etat a érigé le libre choix du praticien en **principe général du droit** (CE 18 février 1998, *Section locale Pacifique Sud de l'Ordre des médecins*, n° 171851, Rec. Lebon 710).



# Les différences de remboursement dans / hors réseaux

---

- Légalité des différences de remboursement ?  
QPC rejetée par la Cour de cassation
  
- La Cour de cassation a donc elle-même tranché le litige  
(Cass. civ. II, 18 mars 2010, *MGEN*).



# Les différences de remboursement dans / hors réseaux

---

Cass. civ. II, 18 mars 2010, MGEN, pourvoi n°09-10241.

Un assuré, affilié à la MGEN (Mutuelle Générale de l'Education Nationale), avait bénéficié de soins dentaires, pratiqués par un dentiste de son choix qui n'appartenait pas au réseau de praticiens constitué par la mutuelle. Le remboursement qu'il obtient de la part non comprise dans la prise en charge de l'assurance maladie obligatoire est inférieur à celui qui lui aurait été versé s'il avait opté pour un praticien agréé par la MGEN. Il saisit une juridiction de proximité.

**Au visa de l'article L. 112-1, al. 3, du code de la mutualité** qui dispose que « *les mutuelles (...) ne peuvent instaurer des différences dans le montant des prestations qu'en fonction des cotisations payées ou de la situation de famille des intéressés* »,

la Cour de cassation casse le jugement de la juridiction de proximité, qui avait estimé que l'existence d'un double système de remboursement n'était pas discriminatoire dès lors que les assurés avaient le libre choix de s'adresser à un dentiste conventionné ou à un dentiste non conventionné.

La Cour de cassation rappelle que les différences entre les prestations d'assurance complémentaire dont bénéficient les assurés ne peuvent être légalement justifiées que par le montant des cotisations payées ou par la situation de famille des assurés. **Tout autre critère de différenciation constitue une discrimination.**

mais l'histoire n'est pas terminée.....



# Les différences de remboursement dans / hors réseaux

---

Jur. proximité Chartres, 17 novembre 2011, M. F. c/ MGEN.

S'agissant cette fois de soins d'orthodontie dispensés au fils d'un assuré par un médecin n'appartenant pas au réseau de la MGEN, la mutuelle a été assignée par l'assuré pour justifier de la différence des remboursements qu'elle a versés au titre de ses soins.

Argument de la MGEN : discrimination au sein des OCAM (mutuelles, assureurs, institutions de prévoyance) contraire aux articles 101 et 102

A l'invitation de la MGEN, le juge soumet à la Cour de justice la question préjudicielle suivante :

*« Les art. 101 et 102 TFEU s'opposent-ils à une législation nationale telle que celle résultant de l'art. L.112-1 du Code de la Mutualité Française en ce que son interprétation interdirait aux Mutuelles complémentaires santé de moduler leurs prestations en fonction des conditions de délivrance des actes et des services, alors qu'une telle restriction n'est pas imposée aux autres entreprises pratiquant également l'assurance complémentaire santé, qu'elles soient régies par le Code des Assurances ou le Code de la Sécurité Sociale ? ».*

Affaire C-603/11 à suivre...

# Une émergence difficile des réseaux...

---

10-D-11 : Syndicat National des Ophtalmologistes de France

09-D-17 : conseil régional de l'Ordre des Pharmaciens de Basse-Normandie

09-D-07 : pratiques sur le marché de l'assurance complémentaire maladie

08-D-06 : consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins de secteur I

## 10-D-11 :

# Syndicat National des Ophthalmologistes de France

---

- MAAF décide de rembourser les renouvellements de lunettes sans ordonnance d'ophtalmologiste s'ils sont faits auprès d'un opticien Santéclair
- Le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) réagit au nom de la santé publique.
- Le SNOF contacte les ophtalmologistes, insistant sur le danger et la perte de chance pour les patients de ne pas passer par une consultation d'ophtalmologiste.
- Les ophtalmologistes sont invités à ne pas recommander les opticiens du réseau Santéclair.
- Certains opticiens de Santéclair résilient leur adhésion, ce que le SNOF fait connaître pour inciter les autres opticiens à faire de même



## 10-D-11 :

# Syndicat National des Ophthalmologistes de France

---

- Grief de boycott
- L'Autorité rappelle qu'au sens de l'article L.420-1 du code de commerce, les « consignes syndicales constituent des actions concertées »

(solution constante : décision 03-D-68 du 23 décembre 2003 ; décision 07-D-41 du 28 novembre 2007 ; Cass. com. 22 octobre 2002 « *le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* »).

- Après avoir relevé que le SNOF n'est pas une entreprise, le montant maximal de la sanction encourue ne pouvant excéder 3 millions € et que la procédure, simplifiée, n'a pas donné lieu à l'établissement préalable d'un rapport, ce qui plafonne la sanction pécuniaire à 750.000 €, l'Autorité de la concurrence inflige au SNOF une sanction pécuniaire d'un montant de 50.000 €.



## 09-D-07 : Santéclair c/ Ordre National des Chirurgiens Dentistes

---

- Saisine de Santéclair
- Le fonctionnement du réseau Santéclair est considérée comme « antidéontologique » par l'Ordre national des chirurgiens-dentistes (tiers payant obligatoire, prix maximum...)
- L'Ordre informe les praticiens du caractère « anti-déontologique » et retire son « avis favorable » à Santéclair
- Ces informations sont assorties de menaces de rétorsion à l'encontre des praticiens qui ne suivraient pas les recommandations protocolaires et adresseraient leurs patients à un réseau hors protocole, sous la forme de sanction disciplinaire.



# 09-D-07 : Santéclair c/ Ordre National des Chirurgiens Dentistes

---

## Actions de Santéclair :

- Conseil d'Etat, pour annulation de la décision du Conseil de l'Ordre de retrait de l'avis favorable. Rejet (car pas une décision faisant grief)
- TGI Paris (dénigrement). Exception d'incompétence
- Conseil de la concurrence, dont la compétence sera préalablement discutée. Le Conseil distingue:
  - « les actes qui ne sont pas détachables de l'exercice du pouvoir disciplinaire confié à l'Ordre », des
  - « comportements, qui parce qu'ils invitent les professionnels à adopter telle ou telle attitude sur le marché sur lequel ils opèrent sous la forme de mises en garde ou de consignes, constituent une intervention dans une activité de services ».

## Action du syndicat :

- devant les juridictions ordinaires de Saône-et-Loire à l'encontre de praticiens. La chambre disciplinaire considère que les praticiens ont commis une faute ne transmettant pas à leur ordre le protocole de la société Santéclair et prononce un blâme



## 09-D-07 : Santéclair c/ Ordre National des Chirurgiens Dentistes

---

- Conseil de la concurrence : constate l'existence de pratiques d'éviction de la société Santéclair du marché.
- S'agissant de caractériser la gravité des pratiques, le Conseil relève que ces pratiques, contraires à l'article L.420-1 du code de commerce, sont « *d' autant plus graves qu'elles émanent d'instances qui ont utilisé l'autorité morale attachée à l'ordre professionnel qu'elles représentent pour inciter leurs membres à évincer effectivement un prestataire de service* » (§ 153).
- Le Conseil de la concurrence inflige des sanctions pécuniaires au Conseil national de l'Ordre (76.000 €) ainsi qu'à certains conseils départementaux (de 200€ à 600€).



# Les réseaux de soins agréés : l'avis 09-A-46 de l'Autorité

---

Les questions posées à l'Autorité par le Ministre :

1. les pratiques de référencement des professionnels de santé par les OCAM peuvent-elles être analysées sous l'angle des règles applicables aux restrictions verticales (accords de distribution sélective ou exclusive) ?
2. quels sont les principaux déterminants de la dynamique de la concurrence à l'intérieur de ces réseaux mais aussi entre ces réseaux ?
3. dans l'hypothèse de la généralisation de ces réseaux, quels seraient les effets ? risque d'effets cumulatifs restrictifs ? effets positifs ?
  - accords tarifaires visant des prix modérés – risque d'alignement ?
  - publication d'un prix moyen à l'usage des patients – risque d'alignement ?
  - fixation d'un numerus clausus (réseaux fermés)
  - caractère objectif des données fournies pour la négociation des conventions
  - éventuelles clauses d'exclusivité qui empêcheraient un professionnel d'appartenir à plusieurs réseaux



# Les réseaux de soins agréés

---

Rappels de jurisprudence et de pratique décisionnelle :

- Soumission au droit de la concurrence (CJUE)

- Conseil de la concurrence, 91-D-04 :

*« l'assurance de la part des dépenses de santé non couvertes par l'assurance maladie est une activité de services »*

*« ces services sont offerts aussi bien par des sociétés mutualistes que par des organismes qui ne sont pas régis par le CMF, dont notamment des sociétés d'assurances »*

*« tous ces acteurs sont concurrents »*



# Les réseaux de soins agréés

---

- L'Autorité de la concurrence identifie une différence de régime entre :
  - les réseaux ouverts, qui accueillent tous les praticiens qui répondent aux quatre critères essentiels d'appartenance au réseau
  - les réseaux fermés, qui conditionnent l'adhésion des praticiens à un numerus clausus par zone géographique
  
- Réseaux fermés :
  - Absence de transparence
  - Risques de fermeture de marché
  - Les réseaux fermés justifient une plus grande modération des coûts des professionnels, du fait d'une espérance de volume plus élevée



## Pratique juridictionnelle : 91-D-04 (opticiens/mutuelles)

Le Conseil a demandé l'abrogation de certaines clauses :

- clauses par lesquelles une Union de mutuelles interdisait à ses sociétés affiliées de négocier des conventions individuelles
- clauses d'exclusivité vis-à-vis des professionnels (opticiens) interdisant à ces derniers d'appartenir à un autre réseau
- clauses de MFN imposées aux professionnels
- clauses d'exclusivités inverses, interdisant aux OCAM de signer avec d'autres professionnels
- conventions fixant des taux de remise non minimum
- conventions instituant un barème de prix



## Pratique juridictionnelle : 98-A-15 (assurances/garagistes)

La limitation du nombre de professionnels (réseau fermé) n'est pas en soi une restriction de concurrence ...

- si elle permet d'obtenir des réductions plus importantes,
  - si la durée des conventions n'est pas excessive,
  - et si l'OCAM n'est pas en position dominante
- 
- dans un contexte où les assureurs continuent à recourir à des prestataires non agréés dans des proportions non négligeables

L'uniformisation des prix dans une même zone qui pourrait résulter de la fixation de conditions tarifaires au sein du réseau n'est pas en soi de nature à porter atteinte à la concurrence



## Pratique juridictionnelle : 98-A-17 (MGEN/dentistes)

---

Il faut éviter toute disposition tarifaire tendant, directement ou indirectement, à l'instauration d'un prix minimum

L'avantage pour l'assuré qui reste dans le réseau peut résulter d'un meilleur taux de remboursement,

tout en conservant dans tous les cas le principe d'un taux de remboursement linéaire ou dégressif

et/ou d'un plafonnement des honoraires



## Pratique juridictionnelle : 99-A-17 (mutuelles/opticiens)

Le choix des professionnels conventionnés doit répondre à des critères objectifs, transparents et non discriminatoires

Les conventions devraient être diffusées à tous les professionnels qui en font la demande



# Doit-on appliquer les règles sur les restrictions verticales (y/c l'exemption verticale) ?

---

- Les OCAM/gestionnaires de réseau se comportent comme des acheteurs de biens/services de santé vis-à-vis des professionnels
- Ils sont clients « par subrogation des assurés »
- Ils rémunèrent directement les professionnels (via le tiers payant)
  - > Il y a donc bien une relation verticale entre OCAM et professionnel (conforme Cour de cassation 2002)

mais l'OCAM est l'acheteur

(donc, pas d'analogie entre réseau de soin et distribution sélective)

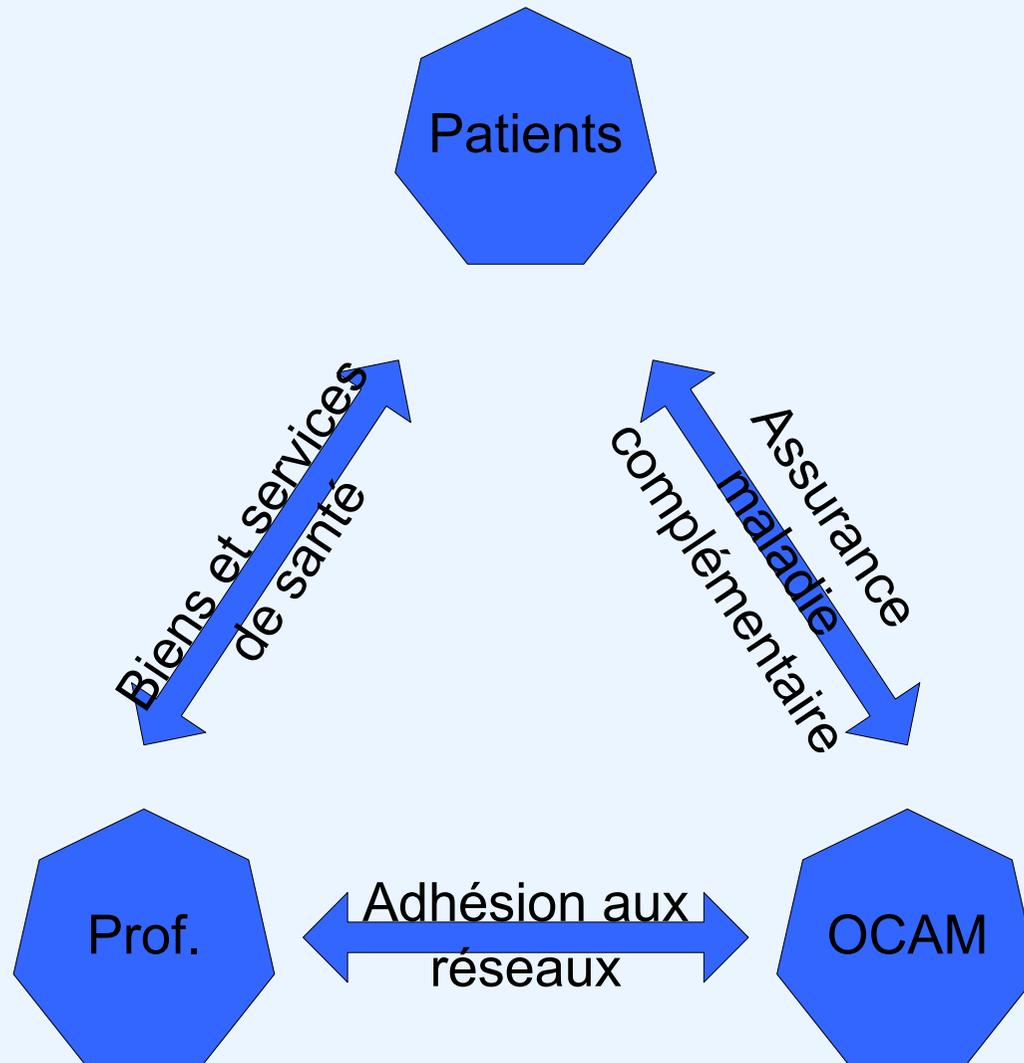
Exemption verticale par catégorie ? **OUI**, si

- pas de clause noire
- parts de marché (amont/aval) inférieures à 30 %



# Les marchés concernés

---



# Marchés d'adhésion aux réseaux de soin

---

- Concurrence plus forte pour l'adhésion aux réseaux fermés (ench. invers.)
- Même s'ils sont critiqués, les réseaux fermés ne sont pas contraires aux règles de la concurrence
- Le rapport contractuel entre les exigences de qualité et la modération tarifaire d'une part, et l'accroissement du volume d'autre part, s'apparente à une remise de quantité (conforme au droit de la concurrence)
- Peu de risques d'effet cumulatif négatif car:
  - pas de clause d'exclusivité
  - les patients continuent significativement à aller hors réseau
- Prohibition des réseaux fermés aux USA a accru les dépenses de santé
  - > Durée des conventionnements doit rester raisonnable (3 ou 4 ans)
  - > Plus de transparence souhaitée (annonce préalable du nombre de prof.)
  - > Les OCAM devraient diffuser les listes nominatives de prof. conventionnés
  - > Ne pas introduire de clauses d'exclusivité



# Concurrence tarifaire dans réseaux (services de santé)

---

- Probabilité d'alignement tarifaire varie selon le dispositif
  - plus forte en cas de grille de tarifs maximaux
  - assez hypothétique en l'absence de grille tarifaire
- Mais « *l'unicité des prix ne constitue pas en elle-même l'indice d'un affaiblissement de la concurrence ou de l'existence de pratiques anticoncurrentielles* » (98-A-15)
- En compensation, le mécanisme réduit l'asymétrie d'information qui existait au détriment du consommateur
- Il en résulte un bilan plutôt positif
- Avec un doute s'agissant des opticiens (risque de rattrapage sur le prix des montures?)



# Marchés de l'assurance maladie complémentaire

---

- Il est important que la concurrence entre OCAM s'effectue sur des bases transparentes
- Il serait bienvenu que les OCAM apportent des informations sur le nombre de professionnels de santé appartenant à leurs réseaux par secteur géographique
- Risque d'anti-sélection :
  - si les personnes anticipant un risque plus fort de maladie valorisent plus de n'avoir aucune contrainte sur le choix du professionnel, elles préféreront le contrat d'assurance traditionnel au réseau de soin
  - alors les réseaux de soins capteront les « bons risques »
  - et seront de moins en moins cher par rapport aux contrats traditionnels, ce qui crée un processus circulaire...

MAIS on peut aussi penser que les personnes anticipant un risque plus fort de maladie valoriseront plus, au contraire, le réseau de soin...



# Les bases de données sur les médicaments

---

Publication de prix moyens sur des sites d'automédication des OCAM

Risque d'alignement tarifaire ?

Sur un marché très atomisé avec de forts écarts de prix, la transparence accroît la concurrence



# Les pharmacies

---

Gouvernées par 3 grands principes :

- unicité
- propriété
- *numerus clausus*

Unicité et propriété : validées par la

*Numerus Clausus* : validé partiellement par la CJUE

C-570/07 – 1<sup>er</sup> juin 2010 – Consejería de Salud y Servicios Sanitarios

C-571/07 – 1<sup>er</sup> juin 2010 - Principado de Asturias



# Pharmacies : principes de propriété et d'unicité

---

Validés par la CJUE

C-531/06 – 19 mai 2009 – Commission c/ Italie

*59. il y a lieu d'admettre que les Etats Membres peuvent exiger que les médicaments soient distribués par des pharmaciens jouissant d'une indépendance professionnelle réelle*

*61. l'intérêt privé du pharmacien lié à la réalisation de bénéfices se trouve tempéré par sa formation, son expérience professionnelle, sa responsabilité, les risques encourus par une violation des règles déontologiques*

*102. les entreprises de distribution sont en mesure d'exercer une certaine pression sur les pharmaciens salariés en vue de privilégier ... les bénéfices*

*105. un Etat Membre peut considérer qu'il existe un risque que des règles législatives protégeant l'indépendance des pharmacies puissent être méconnues ou contournées dans la pratique*



# Pharmacies – *Numerus Clausus*

---

Validé partiellement par la CJUE

C-570/07 – 1<sup>er</sup> juin 2010 – Consejería de Salud y Servicios Sanitarios

C-571/07 – 1<sup>er</sup> juin 2010 - Principado de Asturias

La CJUE valide le principe de certaines restrictions à la liberté d'établissement

- une seule pharmacie pour un certain nombre d'habitants
- une distance minimale entre deux pharmacies

en vue de l'objectif « *visant à répartir les pharmacies d'une manière équilibrée sur le territoire national* »

Mais ne valide pas une restriction qui empêcherait, « *dans toute zone ayant des caractéristiques démographiques particulières, la création d'un nombre suffisant de pharmacies susceptibles d'assurer un service approprié* »

-> Pas de gel



# Hôpitaux et cliniques : harmoniser les approches

---

Les ARS définissent des « Territoires de Santé » associés aux Schémas Régionaux d'Organisation des Soins (SROS 3)

Privilégient plutôt la concentration, pour accroître l'efficacité :

Ex : « *privilégier la constitution d'équipes de taille critique suffisante, à l'échelle si nécessaire d'un territoire* » (PRS Alsace 2012-2016)

Besoin de coordination avec l'approche « concurrence », qui vise les mêmes objectifs d'efficacité par des moyens différents

## Hôpitaux et cliniques : un nombre significatif d'opérations

---

- 11-DCC-57 du 4 avril 2011 (Bridgepoint Médipôle Sud Santé)
- 11-DCC-37 du 7 mars 2011 (Bridgepoint / C2S - Holding du Parc)
- 10-DCC-132 du 11 octobre 2010 (DomusVi / GDP Vendôme)
- 09-DCC-68 du 25 novembre 2009 (Crédit Agricole PE / Cliniques Privées Associées)
- C2007/91 du 6 août 2007 (Vitalia / CHP)
- C2007/80 du 24 juillet 2007 (Vitalia / BBGL)
- C2006/105 du 26 octobre 2006 (Capio Santé / Tonkin Patrimoine)
- C2005/125 du 6 janvier 2006 (Générale de Santé / Hexagone)





# Concurrence sur la vente de médicaments

Séminaire Philippe Nasse



Laurent Flochel  
16/12/2011

**CRA** Charles River  
Associates

---

# Les deux étapes de la vie d'un médicament

## Protection brevet

## Entrée des génériques

---

- Patent settlement
- Product hopping
- Rémunération innovation selon disposition à payer du pays => importations parallèles
- Incitations à la « bonne innovation » (service médical rendu)

- Concurrence génériques / princeps
- Mode de fixation des prix (concurrentiel / administré)
- Régulation asymétrique pro générique ?
- A qui bénéficie la concurrence ?

---

# Quel est l'objectif recherché ?

Quel est l'objectif de politique économique recherché ?

- Continuer à **rémunérer le princeps pour son innovation** (prix plus élevé mais parts de marché potentiellement faibles) ?
  - Sujet avec durée effective de protection mais qui devrait être réglé par la durée du brevet et non par les prix une fois le brevet expiré
- **Promouvoir l'entrée des génériques ?**
  - Est un moyen de réduire les dépenses d'assurance maladie mais ce ne peut être un objectif en soi
- **Réduire les dépenses d'assurance maladie ?**
  - Promouvoir la concurrence pour servir la molécule (princeps ou générique) et
  - faire en sorte que cette concurrence se traduise par des prix plus bas payés par le consommateur/assurance

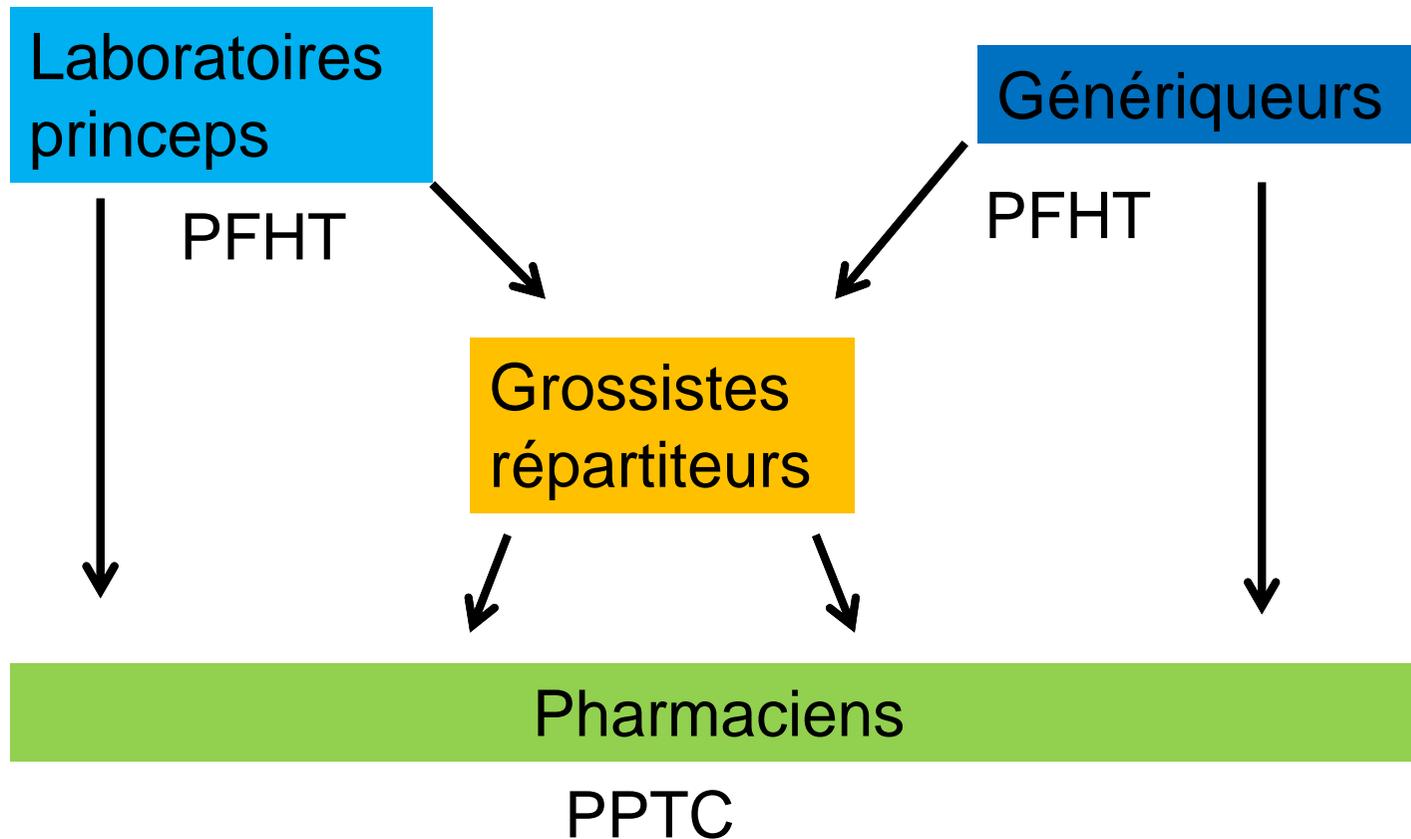
---

# Les systèmes existants

- Prix administrés pour princeps et génériques – concurrence sur les volumes via rabais accordés aux pharmaciens
- Prix de référence
- Assureurs organisent la concurrence
- Système anglais

---

# Le système français de concurrence administrée



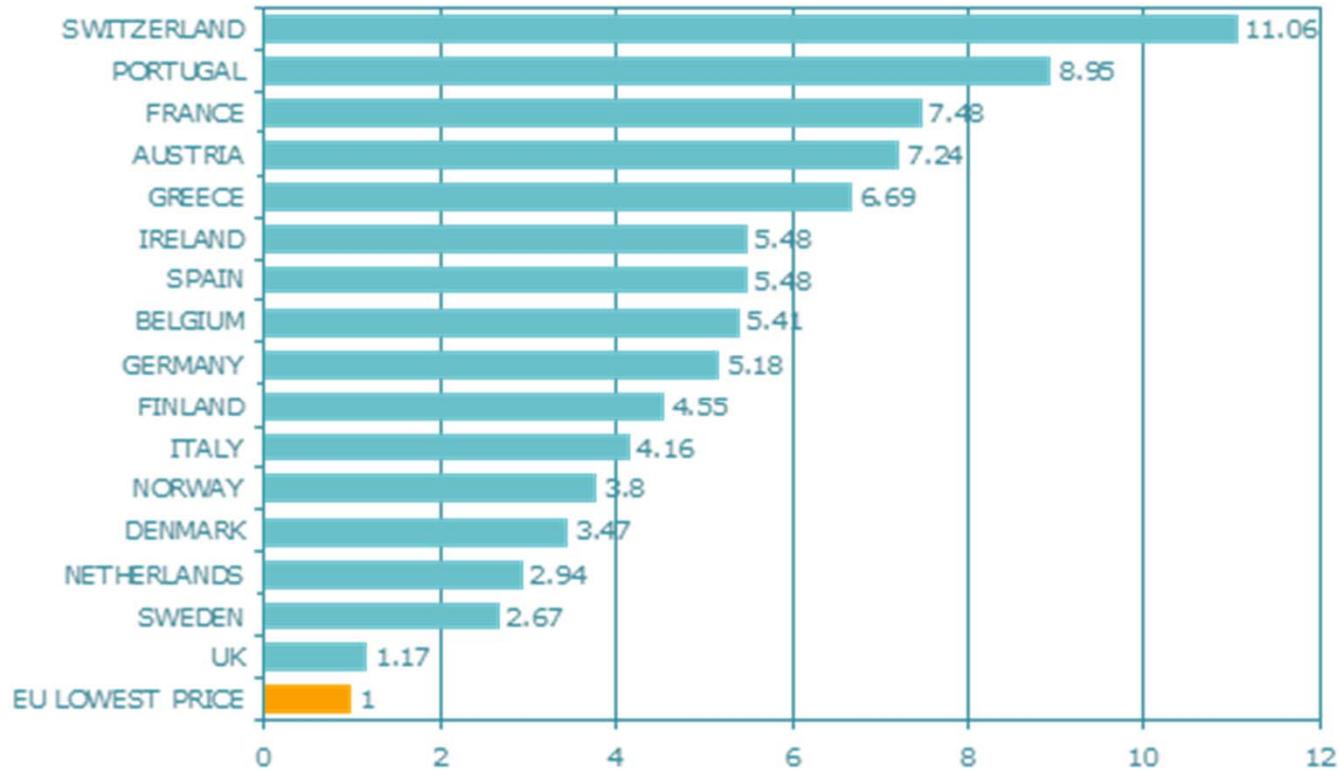
---

# Systeme du prix de référence

- En général, les systèmes de prix de référence fixent un prix de remboursement unique pour tous les médicaments génériques et princeps au sein d'un groupe donné
  - Le patient peut choisir un médicament plus cher mais co-paiement
- De nombreux pays européens ont un système de prix de référence :
  - Allemagne
  - Italie
  - Espagne
  - Portugal
  - Pays-Bas
  - France (TFR pour les produits à faible pénétration générique)
- La méthode de calcul des prix de référence varie selon les pays mais les prix de référence sont normalement fixés par rapport aux produits les moins chers du groupe donné

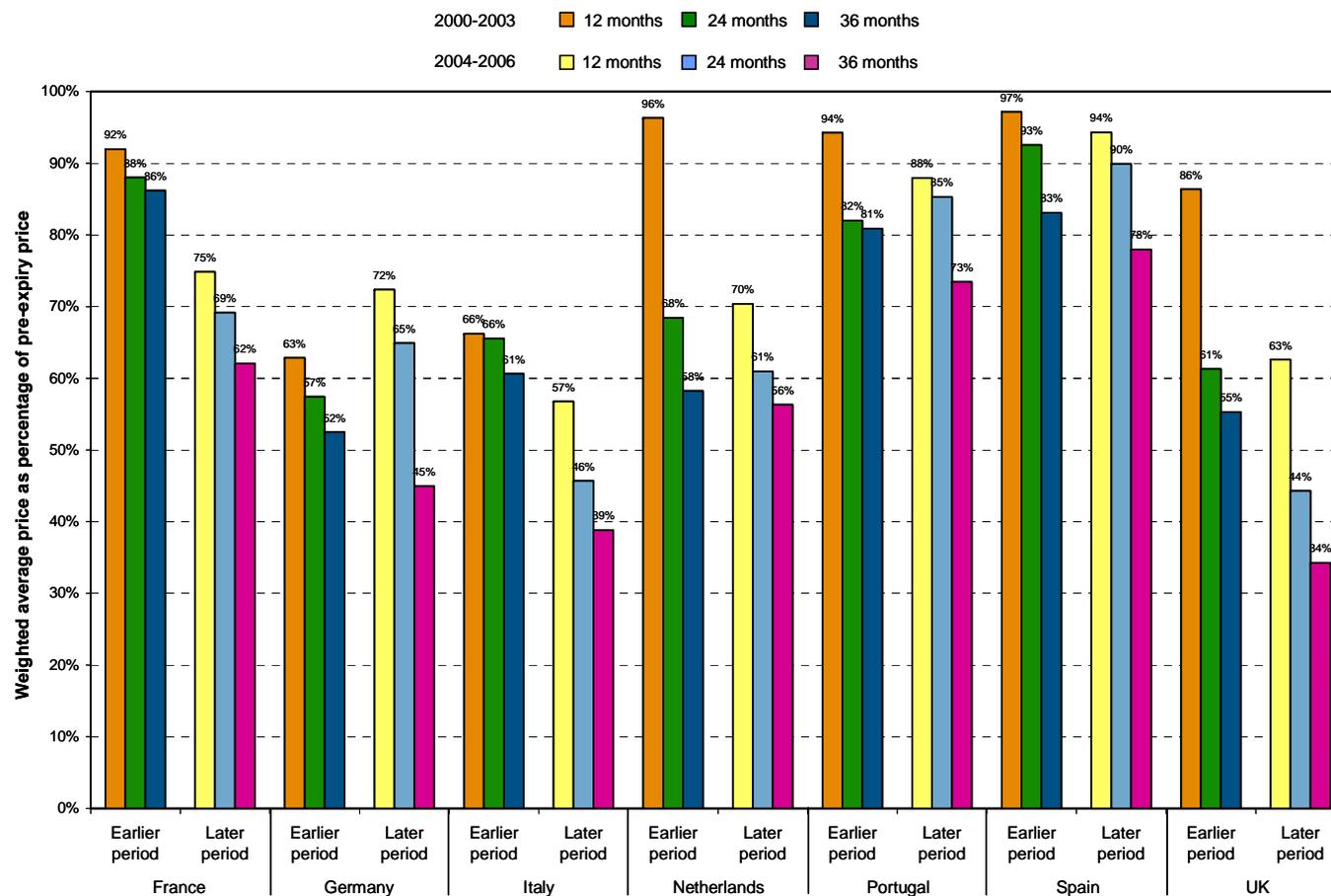
# Dispersion des prix

## Indice de prix de ventes génériques en pharmacies, 2006, 35 premières molécules



Source : IMS analysis

# Baisse des prix fabricant après perte de brevet



Source : IMS and CRA analysis

---

# Efficacité des différents systèmes

Danzon et Chao (2000), Journal of Law & Economics :

- Comparent évolution des prix dans différents pays (US, Canada, Allemagne, France, Italie, Japon, UK)
- Système de prix de référence incite à la concurrence en prix et à des prix plus bas (jusqu'au prix de référence ou plus bas si mécanisme qui y incite)

---

# Allemagne et Pays-Bas

- En Allemagne et aux Pays-Bas, les fabricants sont incités à baisser leurs prix de vente en participant à des appels d'offres
- En Allemagne, les « rebate contracts » ont été introduit en 2007
  - Les assurances maladie (« krakenkassen ») organisent des appels d'offres pour mettre en concurrence les fabricants de médicaments
  - Les fabricants se font concurrence sur les remises offertes aux assurances, mais pas nécessairement sur les prix catalogue
- Aux Pays Bas, les « individual preference policies » ont été introduit en 2008
  - Les assurances maladies organisent des appels d'offres pour mettre en concurrence les fabricants de médicaments
  - Les assurances peuvent choisir d'acheter les médicaments auprès des fabricants génériques proposant les produits les moins chers

---

# Royaume-Uni

- Les prix de remboursement des médicaments princeps sont fixés par le *Pharmaceutical Price Regulation Scheme* (PPRS)
- Les prix de remboursement des médicaments génériques sont fixés et publiés mensuellement dans le *Drug Tariff* (DT)
- Le DT contient trois catégories principales de médicaments génériques
  - Catégorie M : prix de remboursement fixé trimestriellement sur la base du prix moyen de vente (après remises) des fabricants génériques
    - Couvre 84% (en coût net des ingrédients) des génériques remboursés par le NHS
  - Catégorie A : prix de remboursement basé sur les prix catalogue d'un panier de trois fabricants génériques et de deux principaux grossistes « full line »
  - Catégorie C : prix de remboursement basé sur les prix d'une marque ou d'un fabricant générique particulier
- Ainsi, les prix de remboursement des médicaments génériques baissent quand les fabricants génériques baissent leurs prix de vente
- La concurrence par les prix entre fabricants bénéficie aux consommateurs via des prix de remboursement des génériques plus bas

---

## Systeme concurrentiel « efficace »

- Concurrence en prix libres pour princeps et génériques (égalité de traitement)
- Concurrence en prix de gros pour être référencé dans les pharmacies :  
prix plus bas => ventes plus importantes
- Prix de remboursement indexés sur les prix de gros les plus bas
- Eventuellement garde fou avec système de prix de référence pour les marchés sur lesquels il n'y pas assez de génériqueurs

**London**

Tel +44 (0)20 7664 3700  
Fax +44 (0)20 7664 3998  
99 Bishopsgate  
London EC2M 3XD  
United Kingdom

**Brussels**

Tel +32 (0)2 627 1400  
81 Avenue Louise  
Brussels B-1050  
Belgium

**Paris**

Tel +33 (0)1 70 38 52 78  
27 Avenue de l'Opéra  
75001 Paris  
France



[www.crai.com/ecp](http://www.crai.com/ecp)

Laurent Flochel  
16/12/2011

**CRA** Charles River  
Associates

# Concurrence sur l'offre de soins

Séminaire Philippe Nasse



Laurent Flochel  
16/12/2011

**CRA** Charles River  
Associates

---

# Un secteur avec de fortes restrictions

## Restrictions :

- Sur la structure du capital et de l'actionnariat
  - impact sur la constitution de réseaux,
  - seule croissance possible est la croissance interne  
=> empêche d'atteindre des économies d'échelle
- Sur la liberté d'entrée
- Sur les comportements (territoires exclusifs, restrictions de ventes passives)
- Auto gestion par des conseils qui gèrent les aspects déontologiques et économiques

=> Voir avis 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale

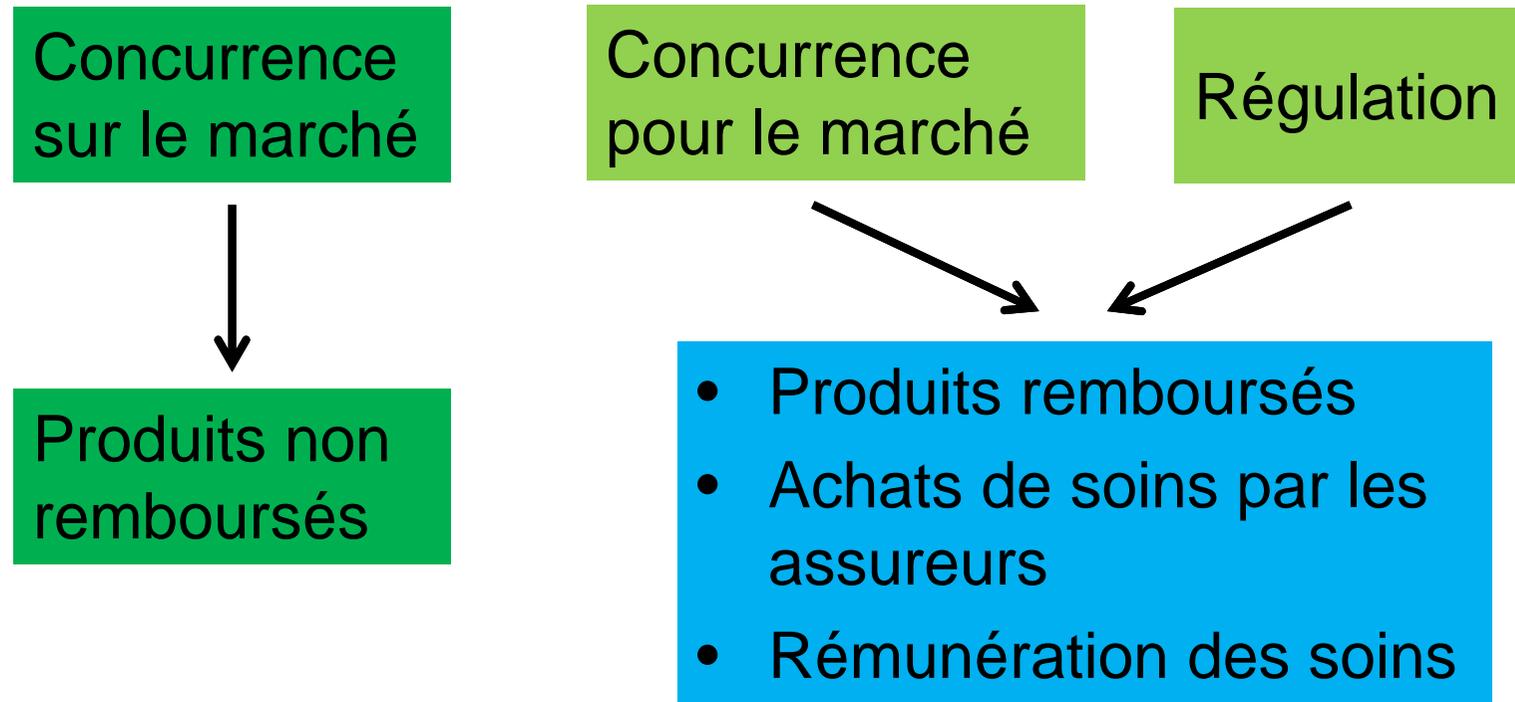
---

## Justifications

- Demande induite : plus il y a d'offre de soins, plus la consommation de soins augmente
- Qualité des soins est difficilement observable *ex ante* et *ex post* (au moins pour les assurés – moins vrai pour les assureurs) : bien de confiance
- Consommateurs final ne peuvent jouer le rôle d'aiguillon de la concurrence car :
  - ils ne peuvent observer la qualité des soins
  - Ils ne paient pas ou que partiellement les soins (assurance)
- Assureurs peuvent faire jouer l'aiguillon de la concurrence

---

# Quelles sont les formes de concurrence possibles?



---

# Quelques instruments de régulation

Régulation plus efficace des offreurs de soins (ex des hôpitaux) :

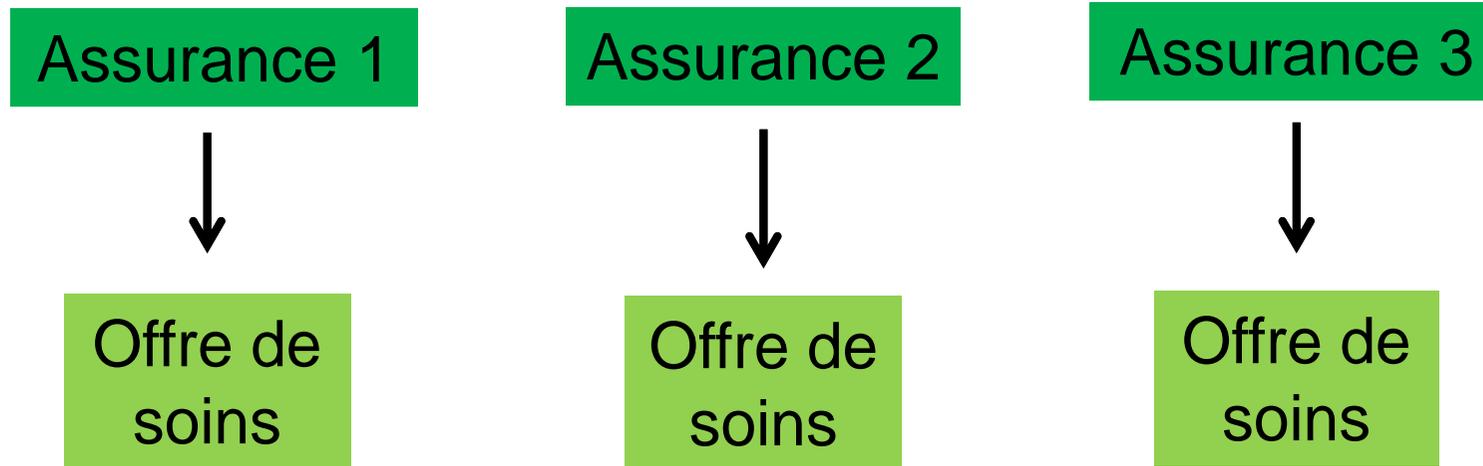
- Double problème d'antisélection (choisir les plus efficaces) et d'aléa moral (inciter à être plus efficace)
- Inciter à produire mieux et à moindre coûts

Instruments :

- Rémunération des médecins (forfait, à l'acte, mix des deux)
- Tarification à l'activité (T2A) depuis 2007 en France pour les hôpitaux
- Régulation par comparaison (yardstick competition) entre offreurs de soins
- Mise en concurrence pour le marché (Managed care aux Etats Unis)

---

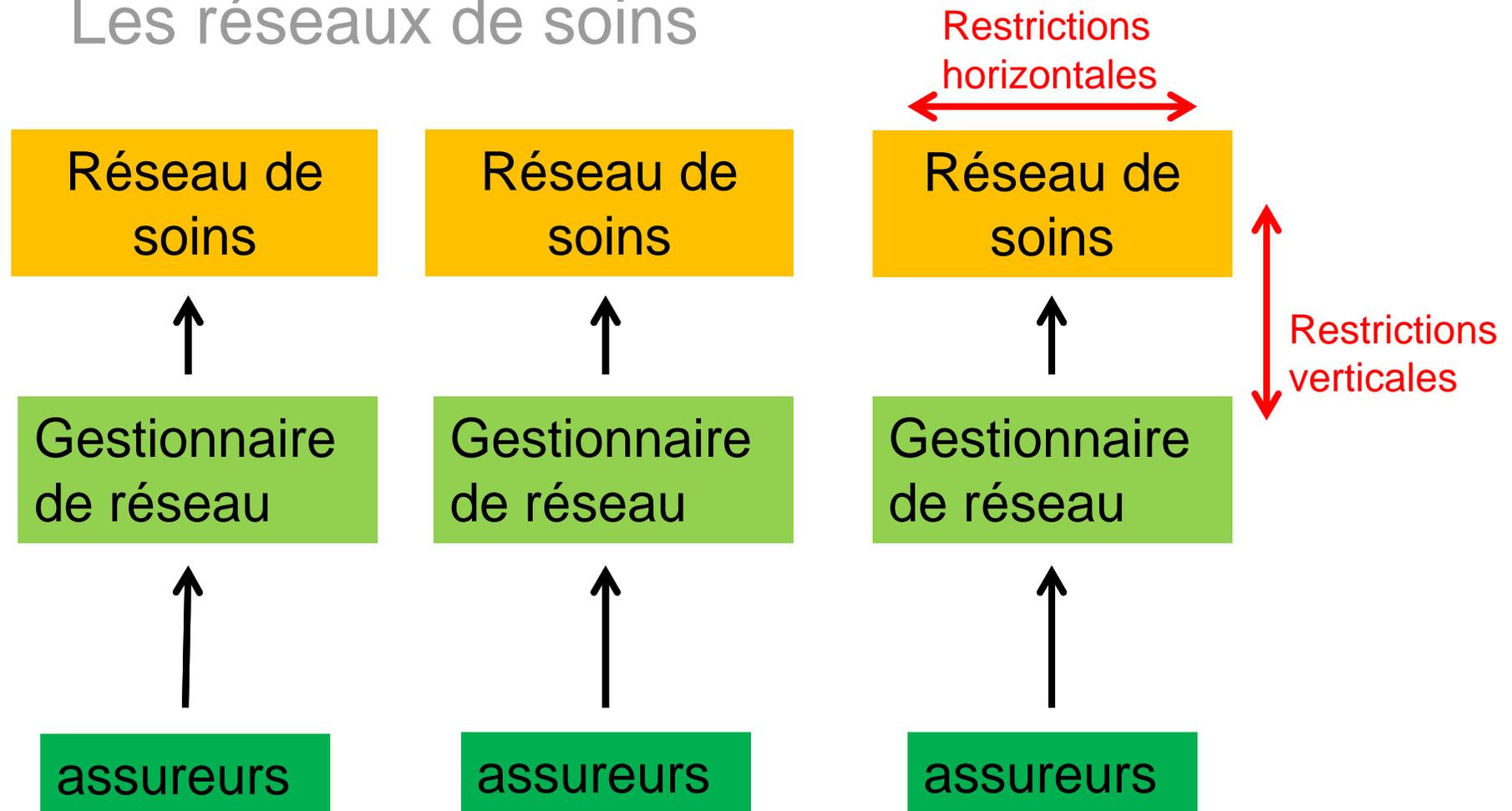
# La concurrence entre assurances



Concurrence entre assurances est efficace car :

- Laisse le choix aux assurés
- Plusieurs options pour les offreurs de soins

# Les réseaux de soins



---

# Les relations verticales

- Conditions d'accès aux réseaux de soins pour les offreurs : concurrence entre offreurs de soins est plus féroce si réseau fermé que si le réseau est ouvert
- Les offreurs peuvent-ils ou non appartenir à plusieurs réseaux ?
- Territoires exclusifs alloués à chaque offreur de soin du réseau ?

---

# Les restrictions horizontales

Affaiblissement de la concurrence entre offreurs du réseau ?

- Dépend de la façon dont l'acheteur de soins organise la tarification
- Pas de problème a priori si concurrence pour le marché suffisamment forte au moment de l'adhésion (plus vrai en cas de réseaux fermés)

**Gains d'efficacité** passés aux consommateurs ssi concurrence entre assurances est suffisamment forte

**London**

Tel +44 (0)20 7664 3700  
Fax +44 (0)20 7664 3998  
99 Bishopsgate  
London EC2M 3XD  
United Kingdom

**Brussels**

Tel +32 (0)2 627 1400  
81 Avenue Louise  
Brussels B-1050  
Belgium

**Paris**

Tel +33 (0)1 70 38 52 78  
27 Avenue de l'Opéra  
75001 Paris  
France



[www.crai.com/ecp](http://www.crai.com/ecp)

Laurent Flochel  
16/12/2011

**CRA** Charles River  
Associates