

RLC 3257

Le contrôle des opérations de concentration dans le secteur des établissements de santé : un enjeu économique, un impact de santé publique

La santé est un secteur économique à part entière, en pleine croissance, et largement ouvert à la concurrence. C'est, en effet, le secteur économique qui a donné lieu en 2016 au plus grand nombre d'interventions de l'Autorité de la concurrence, au titre de ses missions tant contentieuses que consultatives (16). Dans la publication de son rapport annuel⁽¹⁾, l'Autorité déclare d'ailleurs sa volonté de se placer comme vigie de la concurrence dans tous les secteurs, mais avec une attention toute particulière pour le domaine du numérique et celui de la santé.

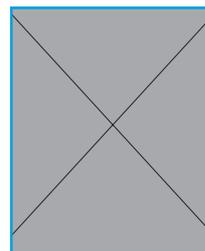
Dans ce dernier secteur, la position de l'Autorité de la concurrence est profondément marquée par une volonté d'ouverture à la concurrence, et notamment dans le secteur des prestations de services et de soins qui concernent les établissements de santé publics et privés, dans toutes leurs activités de médecine, chirurgie, obstétrique (MCO), des soins de suite et de rééducation (SSR), ou les établissements médicaux sociaux (Ephad). L'Autorité, dans la lignée de la Commission, est attentive au respect de la libre concurrence entre les acteurs, au bénéfice du patient, mais aussi des professionnels de santé qui exercent en établissements de santé. Par ailleurs, l'évolution

des pratiques confirme, dans ce secteur, les enjeux concurrentiels autour de l'octroi des autorisations administratives d'exercice, élément d'appréciation de la valeur économique des établissements, par les Agences régionales de santé (ARS) sur les territoires, en application de la politique de santé nationale décidée par le ministère de la Santé.

La question de l'approche concurrentielle dans le secteur des établissements de santé n'est donc pas nouvelle. Elle a déjà donné lieu à de nombreux débats, lors du contrôle des opérations de concentration, sur l'existence de la concurrence entre établissements de santé publics et privés, et notamment sur l'analyse de la concurrence en fonction de l'offre de soins, du régime de tarification, des contraintes liées à la gestion des territoires, du type de patients ou consommateurs de soins⁽²⁾.

(2) Aut. conc., déc. n° 11-DCC-57, 4 avr. 2011 ; Aut. conc., déc. n° 14-DCC-79, 11 juin 2014 ; Aut. conc., déc. n° 16-DCC-164, 4 nov. 2016 ; Aut. conc., déc. n° 16-DCC-125, 24 août 2016 ; Aut. conc., déc. n° 16-DCC-103, 21 juill. 2016 ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-155, 30 nov. 2015 ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-146, 26 oct. 2015 ; Aut. conc., déc. n° 14-DCC-141, 24 sept. 2014 ; Aut. conc., déc. n° 13-DCC-164, 21 nov. 2013 ; Aut. conc., déc. n° 11-DCC-37, 7 mars 2011.

V. les lettres du ministre de l'Économie n° C2008-115, 5 déc. 2008 ; n° C2007-91 ; n° C2007-80, 24 juill. 2007 ; n° C2006-105, 26 oct. 2006 ;



Par Beatrice
ESPEYSON-
VERGEAT
*Directrice du
master droit des
affaires appliqué au
monde de la santé*

*Maître de
conférences HDR
Université Jean
Monnet Saint-
Etienne*

(1) Aut. conc., Rapp. annuel 2016.

L'imbrication des questions réglementaires, concurrentielles et économiques est toujours un sujet de débat brûlant sur l'impact concurrentiel des décisions administratives pour le développement des activités dans le secteur public et privé⁽³⁾.

Toutefois, si la relation concurrentielle entre établissements de soins, qu'ils soient publics ou privés⁽⁴⁾, et entre professionnels de santé, est largement reconnue et considérée comme un enjeu de marché, il n'en a pas toujours été ainsi. La notion de concurrence a longtemps été considérée comme antinomique avec celle de santé, avec pour ancrage le serment d'Hippocrate qui légitime la vocation non économique du secteur. Cette vision trouve sa source et sa force dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique, qui prime sur la liberté d'entreprendre⁽⁵⁾. La santé, bien supérieur, bien public mondial, fondement d'un service public en France, et relevant largement d'un régime d'exception en Europe, est pourtant fortement marquée par la concurrence.

L'évolution des pratiques et des structurations d'exercice a conduit à rationaliser et optimiser l'activité des professionnels et établissements de santé, qui, sans perdre de vue leurs engagements déontologiques et éthiques envers le patient, se sont orientés vers des modes d'exploitation lucratifs, très concurrentiels. La loi HPST⁽⁶⁾ et la loi de modernisation de notre système de santé⁽⁷⁾ incitent les établissements à une plus grande coopération entre établissements publics et/ou privés, à l'organisation de réseaux et centres de santé. L'offre de soins se structure et se diversifie prenant en compte l'évolution des besoins du patient dans ses diverses facettes.

En quelques années, le visage de la santé a changé, devenant un objet concurrentiel attractif pour les investisseurs, dans un contexte d'évolution de tous les systèmes

de santé⁽⁸⁾ au plan européen. Les fonds d'investissement⁽⁹⁾ se sont orientés vers ce secteur porteur, notamment en raison des nouveaux besoins de santé liés à la multiplication des pathologies nouvelles et de longue durée, et au vieillissement de la population. Ainsi, ont été déclenchées sur le terrain européen de grandes opérations de rachat d'établissements de santé par des groupes internationaux, qui ont donné lieu à l'intervention de la Commission et des autorités nationales de santé. Désormais, c'est le capital investissement qui s'installe avec une politique d'acquisition par quelques grands groupes d'envergure nationale ou internationale⁽¹⁰⁾. Par la voie du rachat d'actions et de garanties, ils procèdent à l'acquisition de l'intégralité du capital et des droits de vote, leur permettant de détenir le contrôle des établissements de santé et sociétés de services annexes comme les services numériques.

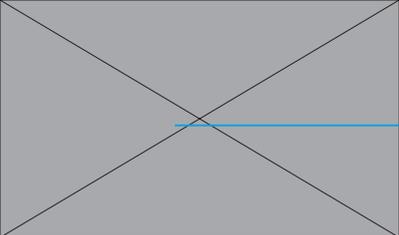
La notion de concurrence a longtemps été considérée comme antinomique avec celle de santé, avec pour ancrage le serment d'Hippocrate qui légitime la vocation non économique du secteur.

Les opérations de concentration par des groupes internationaux sont toutefois rares en France, à l'exception de l'intervention des groupes Ramsay et Capio. Cette frilosité des groupes européens et américains s'explique par un environnement réglementaire très contraignant en France, concernant les autorisations et les tarifs, alors que se développent des coopérations transfrontalières, en application de la directive des soins transfrontaliers⁽¹¹⁾, telles que la prise de contrôle de Quiren Salud, leader espagnol des cliniques privées avec 43 établissements, par l'allemand Fresemus.

n° C2005-125, 6 janv. 2006 ; n° C2005-14, 31 mars 2005. V. égal. les lettres du 4 décembre 2003 et du 14 novembre 2002 V. Comm. UE COMP/M.7833, 14 déc. 2015 ; COMP/M.7725, 28 août 2015 ; COMP/M.7221, 24 avr. 2014 ; COMP/M.7322, 4 août 2014 ; COMP/M.5805, 21 mai 2010.

- (3) B. Palier, La réforme des systèmes de santé, PUF, Que sais-je ?, 8^e éd., mise à jour févr. 2017, n° 3710.
- (4) La pratique décisionnelle en France ne distingue pas l'offre du secteur public ou privé. Mais il n'en va pas de même dans tous les États membres et la Commission a par exemple identifié un marché de soins hospitaliers privés au Royaume-Uni (Déc. COMP/M.4367, 16 mars 2007, et COMP/M.4788, 21 août 2007).
- (5) Cons. constit., 8 janv. 1991, déc. n° 90-283 DC.
- (6) L. n° 2009-879, 21 juill. 2009.
- (7) L. n° 2016-41, 26 janv. 2016.

- (8) B. Palier, op. cit., chapitre IV - Les réformes des systèmes de santé », La réforme des systèmes de santé., p. 72-91. D. Simonet, Recentralization and vertical alignment in the French health care system, Journal of Public Affairs, 16 janv. 2016. D. Simonet, Vertical alignment, elite power, and the democratic recess in the French healthcare system, International Journal of Public Administration, 8 mai 2017.
- (9) En 2016, les acteurs majeurs étaient contrôlés par des fonds d'investissement Générale de Santé avec Cmven, Capio avec Apax Partners et Nordic Capital, Vivalto Santé avec Omnes Capital et Parquest Capital.
- (10) En 2017, Elsan/Médipôle est le seul acteur d'envergure nationale détenu majoritairement par des fonds de capital-investissement.
- (11) Dir. 2011/24/UE, 9 mars 2011, relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers.



Ces opérations sont contrôlées par l'Autorité de la concurrence ou par la Commission⁽¹²⁾ en fonction⁽¹³⁾ de l'importance de l'affaire au regard des seuils de contrôle.

En effet, en application de l'article 1 §2 du règlement n° 139/2004, une opération entre opérateurs nationaux qui présente une dimension européenne relève de la compétence de la Commission. Mais ces opérations certes de dimension européennes peuvent être renvoyées, à l'initiative des entreprises, devant une autorité de concurrence nationale⁽¹⁴⁾.

Telles sont les circonstances dans lesquelles une opération de concentration majeure dans le secteur des établissements de santé a été autorisée par l'Autorité dans le cadre d'une procédure qui mérite une attention particulière : la prise de contrôle exclusif de Médipôle Partenaires (MPP) par Elsan⁽¹⁵⁾. En l'espèce, la Commission, qui avait été saisie d'une opération de concentration dans le domaine des établissements de soins privés – entreprises soumises à un régime juridique et réglementaire très spécifique sur le territoire national –, a renvoyé ce sujet à l'autorité française.

C'est donc sur le terrain national, et en fonction des spécificités de la politique interne, que doivent être conduites les analyses des pratiques concurrentielles entre les établissements de santé, et ce tout particulièrement pour les opérations de concentration. Le pouvoir de l'Autorité de la concurrence d'apprécier de telles opérations l'a conduite à définir avec précision les critères à retenir en confrontant les enjeux concurrentiels et ceux de santé publique.

I. – La spécificité du secteur des établissements de santé et le contrôle des concentrations

En réunissant dans une même entité 109 établissements (Elsan : 68 ; MPP : 41), la prise de contrôle exclusif de MPP par Elsan a abouti à la création d'un groupe de cliniques privées au même niveau que le numéro 1, Ramsay Générale de santé (RGDS).

Le groupe Elsan a notifié cette opération à l'Autorité le 7 avril 2017, à la suite d'une phase d'échanges avec ses services d'instruction (pré-notification). La décision rendue le 23 juin 2017, d'autorisation sous réserve de respect des engagements, est, au final, la première décision de l'Autorité qui identifie des risques sur la qualité de l'offre de soins ou de hausses de prix des prestations annexes aux

soins (supplément chambre particulière, hébergement et repas des accompagnants, télévision, téléphone, prestations exceptionnelles), liés à la détention de plusieurs établissements de santé dans un même territoire.

A. – Répartition des compétences entre Commission européenne et autorité nationale de concurrence dans le secteur santé

Les opérations de concentration qui dépassent un certain seuil exprimé en chiffres d'affaires des entreprises concernées par l'opération relèvent en principe du pouvoir de la Commission en application du règlement (CE) n° 139/2004⁽¹⁶⁾. Cette dernière peut cependant décider de les renvoyer à une autorité nationale de concurrence, dans certains cas⁽¹⁷⁾.

En l'occurrence, l'opération de rapprochement entre Elsan et MPP relevait de la compétence de l'Union européenne en application de l'article 1 §2 du règlement (CE) n° 139/2004. Elsan a cependant demandé à la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, le renvoi total de l'opération à l'autorité française de concurrence, en application de l'article 4 §4 du règlement n° 139/2004. Rappelons que pour que la Commission renvoie ainsi une affaire, il faut qu'il y ait des éléments indiquant que la concentration risque d'affecter d'une manière significative la concurrence sur un ou plusieurs marchés, lesquels doivent être situés à l'intérieur d'un même État membre et présenter toutes les caractéristiques d'un marché distinct. Par une décision en date du 31 janvier 2017, la Commission a considéré que les conditions d'un renvoi à l'Autorité de la concurrence étaient réunies.

La prise de contrôle exclusif de MPP par Elsan est donc soumise, en application du point IV de l'article L. 430-2 du code de commerce, au contrôle français des concentrations.

La Commission avait déjà confié à l'Autorité de la concurrence l'examen d'une opération de concentration dans le secteur de la santé : la prise de contrôle exclusif des établissements de santé Vitalia par Vedici. Déjà, et en accord avec les entreprises concernées, la Commission avait considéré que l'autorité française était la mieux placée pour étudier cette opération, au regard notamment de leur impact national et de l'expérience de l'Autorité dans ce secteur⁽¹⁸⁾. À cet égard, elle avait estimé, mais sans tran-

(12) Règl. (CE) n° 139/2004, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

(13) C. com., art. L. 430-1 à L. 430-10.

(14) Règl. (CE) n° 139/2004, art. 4 §4.

(15) Aut. conc., déc. n° 17-DCC-95, 23 juin 2017.

(16) Pour mémoire, c'est l'article 1 du règlement n° 139/2004 qui fixe la limite des compétences respectives entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. Le rapport et les tableaux qui l'accompagnent sont disponibles à l'adresse suivante : [tp://ec.europa.eu/competition/ecn/mergers.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mergers.html).

(17) V. not. Comm. CE, communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, 2005/C 56/02, JOUE 5 mars 2005.

(18) Aut. conc., communiqué 1^{er} sept. 2015.

cher définitivement la question, que les marchés de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers avaient une dimension locale s'étendant à un rayon correspondant à un trajet entre 30 minutes et une heure en voiture. Elle avait par ailleurs, admis que le marché français des établissements de soins publics et privés, était tout à fait particulier en raison des conditions de tarification et de remboursement des actes, et nécessitait en conséquence l'approche spécialisée de l'autorité de concurrence locale.

B. – Spécificités du secteur des établissements de santé et contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

L'ensemble des établissements hospitaliers, établis en France, qu'ils soient publics ou privés, sont soumis à un cadre juridique commun qui définit les conditions d'exercice de leur activité, régulée au niveau régional par les ARS, avec lesquels ils concluent des contrats d'objectifs et de moyens. Ils dépendent de ces agences pour l'ouverture, le fonctionnement et la fermeture⁽¹⁹⁾. De même que pour la cession et le transfert des autorisations, lesquelles sont soumises à confirmation du Directeur général de l'ARS⁽²⁰⁾. Par ailleurs, les établissements hospitaliers sont dépendants de la politique de sécurité sociale ; ils sont ainsi contrôlés dans leurs conditions de cotation et de remboursement des actes avec une différence de régime entre le secteur public et privé⁽²¹⁾ – différence qui alimente la discussion sur les enjeux concurrentiels, dynamisés notamment par le regroupement des établissements hospitaliers sous forme de groupements hospitaliers de territoires (GHT) qui doivent permettre de passer d'une logique de concurrence à une logique de territoire et de service rendu autour d'un système hospitalier public fédéré⁽²²⁾.

Bien que la pratique décisionnelle, en France, considère qu'il n'est pas pertinent de distinguer l'offre selon qu'elle émane du secteur public ou privé, la question de la concurrence entre secteur public et privé, qui soulève

des débats dans un grand nombre d'États membres⁽²³⁾, demeure épineuse.

La décision MPP/Elsan est, au final, la première décision de l'Autorité qui identifie des risques sur la qualité de l'offre de soins ou de hausses de prix des prestations annexes aux soins (...), liés à la détention de plusieurs établissements de santé dans un même territoire.

En France, les établissements du secteur sanitaire, social et médico-social sont structurés selon trois typologies : (i) les établissements publics, (ii) les établissements privés à but non lucratif, (iii) les établissements privés à but lucratif. La concurrence de ces derniers, notamment sur des segments économiquement viables, est fortement ressentie par le secteur privé. Celui-ci se voit dans l'obligation d'avoir une approche de rationalisation de ses ressources et d'efficacité économique impliquant une recherche de taille critique, du fait d'un financement contraint. Dans le même temps, les modes de financement évoluent dans le monde sanitaire. Les établissements de santé doivent rechercher des partenariats pour financer leurs projets et certains s'orientent vers le regroupement. Une succession de lois est ainsi venue renforcer l'encadrement de ces secteurs entraînant un développement des normes, de la traçabilité, des certifications, de l'évaluation, de l'encadrement de la tarification⁽²⁴⁾ qui demeure très complexe lorsqu'il s'agit de comparer les établissements de santé.

Les tarifs des prestations de soins délivrées par les établissements publics et privés sont régulés et fixés annuellement au niveau national, selon un système de tarification à l'activité (dit « TZA »). Depuis l'instauration de la tarification de l'activité en 2005, les tarifs hospitaliers déterminent le montant des remboursements par l'Assurance maladie aux établissements hospitaliers pour les 2 300 actes de soins répertoriés, et donc une grande part de leur budget. À chaque activité de soins correspond un tarif forfaitaire de la prestation que l'établissement facture⁽²⁵⁾ sans pouvoir déroger à ces tarifs. Les dépassements

(19) C. santé publ., art. L. 6122-1. Les articles R. 6122-25 et R. 6122-26 du code de la santé publique fixent la liste des activités et équipements soumis à cette obligation.

(20) L.6122-3 du Code de la Santé Publique

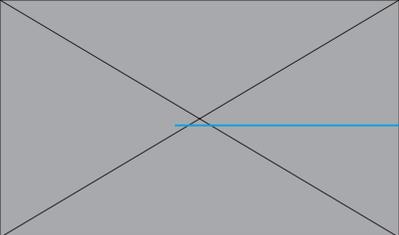
(21) Ph. Batifoulier, D. Castiel, et P.-H. Bréchat, La tarification à l'activité : une complexité contre-productive pour la santé des populations, Les Tribunes de la santé, vol. 54, n° 1, 2017, p. 61-78. Ph. Choné, Quelle place pour la concurrence dans le secteur hospitalier ?, Concurrences, 1-2017.

(22) C. santé publ., art. L. 6132-4. Depuis le 1^{er} juillet 2016, 850 établissements ont été regroupés en 135 groupements hospitaliers de territoire (GHT). GHT et santé publique, saisir la chance pour passer du parcours de soins au parcours de santé, HCSP, 13 mars 2017, collection rapport HCSP.

(23) J. Guénette et J. Hjertqvist, avec la collaboration de G. Belzile, Les soins de santé en Suède, décentralisés, autonomes, concurrentiels et universels, IEDM, juin 2017.

(24) Guide méthodologique, Agence technique de l'information sur l'hospitalisation, Juillet 2017.

(25) Depuis la loi du 13 août 2004, les actes pris en charge par l'Assurance maladie doivent être inscrits sur la liste des actes et des pres-



d'honoraires sur les actes médicaux relèvent de la seule initiative des praticiens, et non de l'établissement au sein duquel ceux-ci exercent leurs activités.

Cette politique tarifaire a été, sur la période récente, très encadrée par les pouvoirs publics, ce qui bride la croissance de l'activité des cliniques avec un effet ciseau coûts/tarifs. Les tarifs ont été fortement révisés à la baisse avec une déflation cumulée de plus de 5 % sur la période 2013/2016, et la tendance se poursuit pour l'année 2017. Un tel effet ciseau a conduit un tiers des établissements français (notamment les indépendants de petite capacité) à être structurellement en perte depuis plusieurs années. L'ensemble de ces contraintes explique la concentration dans le secteur privé pour dépasser la taille critique, ce qui implique une réduction du nombre de ses acteurs⁽²⁶⁾. Beaucoup disparaissent faute de pouvoir s'adapter aux nouveaux enjeux de la politique de santé, tels que l'ambulatoire, et de pouvoir supporter la pression des tarifs.

Si la question de la concentration des établissements trouve sa source essentiellement dans la politique tarifaire, elle est aussi provoquée par la volonté des pouvoirs publics de réorganiser le circuit de l'offre de soins, en favorisant, voire en provoquant, la rationalisation de l'offre par la concentration des sites, la coopération avec le public, la gestion des autorisations par les ARS. Cette tendance a conduit à une modification du paysage concurrentiel. Elle a favorisé l'apparition de grands groupes nationaux et régionaux susceptibles de mettre en place des synergies médicales, au bénéfice du patient, et donc de peser sur la politique des ARS.

Sous les effets conjugués de ces éléments, ce mouvement de concentration des établissements de santé est amené à se renforcer avec une perspective d'internationalisation liée à l'implication des grands groupes, sans oublier l'intervention d'acteurs provenant de nouveaux secteurs du moyen ou long séjour ou de l'assurance, tirant parti de multiples de valorisation plus élevés. Ceux-ci sont notamment observés sur les plus petites structures régionales, à la recherche d'une taille critique.

Cette spécificité du système de santé français, marquée par l'intervention des pouvoirs publics, et par le rôle joué par le mécanisme d'assurance maladie⁽²⁷⁾, explique donc la position de la Commission, renvoyant exceptionnellement à l'Autorité de la concurrence, le pouvoir de prendre une décision concernant des opérations de concentration, pourtant de dimension européenne.

tations (CSS, art. L. 162-1-7).

(26) Le nombre d'établissements de court séjour (Médecine chirurgie obstétrique, « MCG ») est passé de 665 à 495 entre 2004 et 2015.

(27) P.-Y. Geoffard, *Concurrence en santé : marché des soins, marché de l'assurance*, Regards croisés sur l'économie, 2009/1, n° 5, p. 128-137.

II. – Les critères d'analyse de l'opération de concentration MPP/Elsan

Pour la première fois en France, l'Autorité de concurrence a examiné si une opération de concentration dans le secteur des établissements de santé, qui ne peut avoir d'effet sur le prix des prestations médicales soumises à une tarification obligatoire, pouvait avoir des effets tarifaires défavorables sur les prestations annexes non médicales (supplément chambre particulière, hébergement et repas des accompagnants, télévision, téléphone, prestations exceptionnelles), conduire à un risque de dégradation de la qualité de l'offre de soins médicaux offerts aux patients au niveau national, régional, et local.

Les critères pris en compte concernant l'analyse du marché pertinent et des risques d'atteinte à la concurrence ont été appréciés à l'aune des principes régissant les établissements en France, avec notamment la liberté de choix du patient, la liberté de choix du médecin qui est encadrée, la liberté de choix de l'établissement de soins et, par ailleurs, de l'encadrement réglementaire applicable aux activités et services de soins sous le contrôle des ARS⁽²⁸⁾. Il convient de préciser que si l'Autorité n'a pas compétence pour statuer sur les questions de santé publique et sur les enjeux administratifs, ces critères lui ont néanmoins permis de fonder son analyse concernant les conditions de l'opération de concentration.

A. – L'étude du marché pertinent

L'analyse de la spécificité du marché français justifie l'intérêt, pour la Commission, de confier à l'Autorité l'évaluation des opérations de concentration dans le secteur des établissements de santé sur le fondement de la base nationale publique du programme de médicalisation des systèmes d'information de l'agence technique de l'information sur l'hospitalisation, qui regroupe les statistiques des établissements de santé français⁽²⁹⁾.

L'Autorité a adopté en l'espèce une méthode d'analyse du marché pertinent spécifique. Elle constate qu'en France, le patient est libre du choix de son médecin et de son établissement, public ou privé, sans considération économique puisque le remboursement des soins ne dépend pas du statut de l'établissement dans lequel les soins ont été dispensés. Cette liberté est renforcée par le recours

(28) Services de santé et concurrence, Sous la direction de M. Cormier et É. Ghérandi. Contributions : X. Badin, L. Castra, M. Cormier, É. Ghérandi, J.-M. Lemoyne de Forges, M.-L. Moquet-Anger, D. Truchet, P. Villeneuve, *Revue générale de droit médical*, n° spécial, oct. 2005.

(29) Ces données codifiées permettent de classer le séjour dans une échelle statistique nationale, les Groupes Homogènes de Séjours (GHS) à même de définir au niveau régional et départemental, le nombre de sessions global par établissement et par segment d'activité, et d'établir des estimations de parts de marché en conséquence.

aux assurances complémentaires et mutuelles qui garantissent aux patients la prise en charge des frais complémentaires. Par ailleurs, tous les établissements en France, publics ou privés, ont vocation à accueillir tous les patients, sans distinction et sans considération économique ou sociale, avec remboursement des soins.

☒ **Les marchés de produits identifiés par l'Autorité**

L'Autorité a ainsi identifié, en France, une segmentation de l'offre de soins particulière sur laquelle elle se base pour analyser les risques concurrentiels liés à l'opération MPP/Elsan :

- Elle a d'abord noté une segmentation large par groupe d'activités spécialisées correspondant aux grandes disciplines présentées dans le code de la santé publique (médecine, chirurgie, obstétrique, néonatalogie, psychiatrie, soins de suite et de réadaptation, soins de longue durée, oncologie, radiothérapie, activités de diagnostic).
- Elle a ensuite admis un découpage plus précis des segments de marché par catégorie majeure de diagnostic (« CMD »), selon la classification établie par les ARS⁽³⁰⁾. Elle a ainsi considéré, tout en laissant la question ouverte, cette segmentation pertinente puisqu'elle permet de distinguer l'intégralité des actes médicaux accomplis au sein des établissements hospitaliers selon des critères à la fois médicaux et fonctionnels, tenant compte des parties du corps soignées, et économiques, les séjours ou les entrées classées dans un même groupe impliquant l'utilisation de ressources similaires. L'Autorité a, par ailleurs, envisagé de sous-segmenter chacune des CMD en fonction de la présence d'un acte opératoire ou non (« AO » en présence d'un acte opératoire et « ANO » en l'absence d'acte opératoire) et a reconnu l'existence de marchés distincts de l'offre d'hospitalisation à domicile, d'une part, et de la fourniture de soins de dialyse, d'autre part.

☒ **La dimension géographique des marchés concernés**

L'Autorité, 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 ont une dimension locale, départementale ou régionale, dont le périmètre est fonction de la spécialité concernée par le marché de l'offre de soins étudié (distance de 30 km à une heure de trajet maximum pour le patient). La taille des zones de provenance des patients varie très sensiblement, non seulement en fonction de l'établissement et des spécialités médico-chirurgicales qui y sont pratiquées, mais également en fonction de la région considérée, de sa

densité de population et de son niveau d'équipement en établissements de soins hospitaliers⁽³¹⁾. La prise en charge par l'Assurance maladie des coûts de transport supportés par certains patients tend notamment à accroître leur consentement à voyager. Dans de précédentes décisions, l'Autorité a considéré que les patients pouvaient effectuer un temps de trajet n'excédant pas une heure dans certains départements⁽³²⁾.

B. – Les effets concurrentiels de l'opération sur les activités de soin

Si dans le cadre de sa stricte mission d'analyse, l'Autorité est amenée à prendre en considération, sur les territoires spécifiques, les effets de l'opération de concentration entre Elsan et MPP sur la liberté d'établissement des professionnels de santé et sur la liberté de choix du patient, pour en déduire que l'impact congloméral peut conduire à une réduction de l'offre de soins, il convient toutefois de replacer cette analyse dans le contexte de désertification de l'offre de santé auquel est confronté le système de santé français. La présence et le maintien sur les territoires d'une offre concurrentielle entre établissements, qui permette réellement au patient de choisir le lieu de soins et le professionnel de santé, devient illusoire en pratique. Lorsqu'il n'existe plus qu'un acteur de santé sur un territoire, sa position d'opérateur unique peut certes être contestable au plan concurrentiel, mais devient une priorité en termes de mission de service publique.

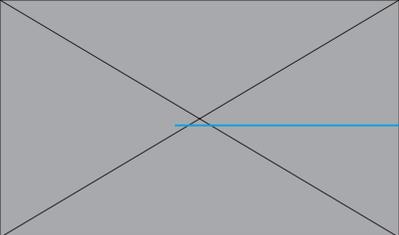
Il convient de replacer [l']analyse [des effets] de l'opération MPP/Elsan dans le contexte de désertification de l'offre de santé auquel est confronté le système de santé français.

L'analyse de l'effet horizontal de cette opération au plan concurrentiel est également fortement impactée par le fait que les établissements de santé doivent, pour pouvoir se maintenir sur un territoire, remplir l'ensemble des exigences réglementaires. Or, la lourdeur de l'encadrement réglementaire a conduit à la disparition de nombreux établissements privés, et modifié le paysage concurrentiel de l'offre de soins.

(30) Aut. conc., déc. n° 15-DCC-155, préc. ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-146, préc. ; Aut. conc., déc. n° 14-DCC-79, préc. ; Aut. conc., déc. n° 13-DCC-164, préc. ; Aut. conc., déc. n° 11-DCC-57, préc. ; Aut. conc., déc. n° 11-DCC-37, préc. ; Aut. conc., déc. n° 09-DCC-68, préc.

(31) Aut. conc., déc. n° 16-DCC-164, préc. ; Aut. conc., déc. n° 16-DCC-125, préc. ; Aut. conc., déc. n° 16-DCC-103 ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-155, préc. ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-146, préc. ; Aut. conc., déc. n° 14-DCC-141, préc. ; Aut. conc., déc. n° 14-DCC-79, préc.

(32) Aut. conc., déc. n° 14-DCC-79, préc., pt. 15 relatif aux départements du Var et de l'Aude ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-146, préc., pt. 13 relatif à l'ex-région du Limousin) ; Aut. conc., déc. n° 15-DCC-155, pt. 12 relatif à l'ex-région Nord-Pas-de-Calais.



Cette question de santé publique liée à la désertification, dont le ministère de la Santé fait une priorité, devrait conduire les autorités de santé à remodeler le paysage médical vers plus de coopération entre les acteurs de santé publics et/ou privés, au-delà des enjeux concurrentiels, avec comme ligne conductrice la préservation de l'accès aux soins et de la liberté de choix de l'utilisateur du système de santé. Si l'Autorité de la concurrence n'a pas à se saisir de cette question, elle peut nuancer son approche concurrentielle en tenant compte de l'ensemble de ces facteurs.

L'Autorité a recherché les effets du rachat de MPP par Elsan en matière d'offre de soins et de diagnostics dans chaque grande catégorie d'activité médicale : médecine, chirurgie, obstétrique, néonatalogie, psychiatrie, soins de suite et réadaptation, soins de longue durée, oncologie, activités de diagnostic, urgences, réanimation.

Afin tenir compte de la spécialisation des praticiens et de la variété des soins hospitaliers qui ne sont pas substituables du point de vue du patient, l'Autorité a examiné la position des parties sur les 23 catégories majeures de diagnostic (les affections de l'œil, des oreilles, du nez, de la gorge, de la bouche et des dents, de l'appareil respiratoire, de l'appareil circulatoire, du tube digestif, etc.), ainsi que les effets de l'opération sur les activités d'hospitalisation à domicile et sur l'activité de chirurgie esthétique dite de confort.

Elle rappelle qu'une concentration a des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché. Si l'extension d'un établissement à d'autres secteurs d'activité peut avoir un effet pro-concurrentiel, et dynamiser le secteur en offrant aux consommateurs des services associés à la prestation principale, elle peut aussi devenir anticoncurrentielle et produire des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elle permet de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou les achats des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.

L'Autorité distingue, selon les régions, sachant que l'implantation des établissements dépend de l'autorisation des ARS⁽³³⁾. Or, ces autorisations constituent la valeur de l'établissement de santé, et représentent en elles-mêmes des enjeux concurrentiels forts, car la détention d'une autorisation confère la possibilité et la priorité pour exploiter une activité, avec un nombre de lits associés. Elle permet d'attirer et maintenir dans l'établissement les professionnels de santé spécialistes, et donc peut conduire à réduire l'offre de santé en concentrant les compétences en son sein, ce qui au plan de la mission de santé publique a un effet positif en termes de qualité de l'offre de soins.

L'Autorité remarque, enfin, que la détention d'une position majoritaire, sur un territoire, par les établissements de santé privés pourrait conduire à une concentration vers les secteurs les plus rentables et à une augmentation de la redevance due par les professionnels de santé.

Cependant, pour fonder son analyse concurrentielle, elle ne retient pas ces éléments, ni la possibilité d'une augmentation des dépassements d'honoraires qui relève de la seule volonté des médecins, mais elle tourne son regard vers les prestations annexes.

C. – Les effets concurrentiels de l'opération sur les prestations annexes

Partant du constat que les établissements publics et privés sont régulés dans la détermination de leurs tarifs forfaitaires fixés annuellement dans le cadre de la tarification à l'activité, et qui ne peuvent être augmentés ou réduits librement par les établissements privés, l'Autorité porte son analyse sur les services annexes, qui sont quant à eux dans une zone de libre concurrence.

Sur le marché pertinent, elle distingue les prestations remboursées et règlementées et les prestations annexes parmi lesquelles sont mentionnés le supplément pour la chambre particulière, l'hébergement, le repas des accompagnants, la télévision, le téléphone, les prestations exceptionnelles⁽³⁴⁾. Elle se positionne sur ces prestations annexes avec pour objectif de vérifier si le patient peut subir une hausse de prix des prestations liée à la domination de l'acteur économique, la question étant de savoir si la concentration réduit la faculté pour le patient de pouvoir accéder aux produits non remboursés.

Dans ce secteur particulier, la question du degré de substituable des produits et services dans le secteur des produits annexes aux prestations de soins, implique de tenir compte tant des demandes du patient que des contraintes réglementaires. Le marché spécifique des prestations de santé et des prestations annexes, intimement liées, les unes aux autres, complexifie l'analyse de la concentration. Dans l'opération en cause, l'analyse porte sur l'impact de l'effet congloméral sur les prestations annexes, en amont et en aval, avec un risque de maîtrise du pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs, et d'augmentation du prix pour le patient.

L'Autorité rappelle qu'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. Dans le secteur de la santé, les fournisseurs des établissements sont en grand nombre et de dimension nationale, voire internationale (produits médicaux, produits annexes). Ils entretiennent des relations directes avec les établissements, ou indi-

(33) C. santé publ., art. L. 6122-13.

(34) CSS, art. R. 162-27.

rectes *via* des centrales d'achat. Pour l'Autorité, « *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* »⁽³⁵⁾ ; la Commission, quant à elle, estime qu'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 consommateurs⁽³⁶⁾.

Le risque de l'opération MPP/Elsan, pointé par l'Autorité, est celui de l'augmentation du prix des prestations annexes facturées au patient, de l'orientation des ressources vers les spécialités générant le plus d'activités, au détriment des spécialités les moins rémunératrices, et de l'augmentation par les professionnels de santé des dépassements d'honoraires. Il en résulterait une atteinte au droit des patients, qui au plan concurrentiel, permet de caractériser une dégradation de l'accès, de l'offre et de la qualité des prestations hospitalières. Si la concentration par un groupe détenant la majorité des parts de marché peut conduire à une augmentation des prix, la question inverse peut aussi se poser lorsque le groupe, par l'effet de la concentration, tend à réduire les prix des prestations annexes, au bénéfice du patient. La compétition entre établissements sur les prix conduit alors à l'affaiblissement des petites structures, voire à leur disparition, pouvant traduire une pratique de prix prédateurs.

Bien qu'en l'occurrence la question n'ait pas été soulevée, il convient de s'interroger sur la pratique des établissements qui consisterait à ne pas facturer au patient les services accessoires au cours de leur séjour. Cette pratique, qui fait supporter par l'établissement le prix des services accessoires, constitue pour les établissements privés une charge qu'ils ne peuvent justifier, dans le cadre de leur activité commerciale. La différenciation de prix pour le patient place l'établissement public dans une position plus accessible à tous, mais peut traduire, et entretenir, une pratique concurrentielle contestable. L'analyse de ces comportements mériterait une étude plus spécifique sur la relation concurrentielle dans le secteur de la santé entre les établissements publics et privés, liant les enjeux concurrentiels aux intérêts de la mission de service public des établissements qui doivent accueillir tous les publics.

(35) Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations précitées, pt. 502.

(36) Comm. CE, déc. n° COMP/M.1224, 3 févr. 1999.

D. – Maintien d'un pluralisme et d'une diversité

L'analyse de l'opération MPP/Elsan par l'Autorité, dont l'objectif est de garantir l'équilibre économique sur le marché de l'offre de soins, est fondamentalement basée sur deux critères : le libre choix du patient⁽³⁷⁾ et la liberté d'installation des professionnels de santé, qui traduisent un pluralisme et une diversité dans l'offre de soins.

Ce principe fondamental de la législation sanitaire, depuis la loi du 31 juillet 1991, est d'ordre public. « *Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise en charge, sous forme ambulatoire ou à domicile (...) est un principe fondamental de la législation sanitaire* »⁽³⁸⁾. Le libre choix du praticien ou de l'établissement de santé, également affirmé par le code de la sécurité sociale⁽³⁹⁾, est repris dans les conventions nationales organisant les rapports entre les médecins libéraux et les caisses d'assurance maladie, et s'impose aux assureurs complémentaires⁽⁴⁰⁾. Son application par les professionnels de santé est une obligation professionnelle et déontologique⁽⁴¹⁾. Toutefois, il trouve des limites dans l'organisation de l'offre de soins et dans les conditions de remboursement qui peuvent constituer des contraintes objectives à la liberté de choix sans porter par elles-mêmes atteinte au principe du libre choix. Ainsi, « *Les limitations apportées à ce principe par les différents régimes de protection sociale ne peuvent être introduites qu'en considération des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification et des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux* »⁽⁴²⁾. Le libre choix d'un praticien et d'un établissement de santé s'étend également au choix du service : « *Dans les disciplines qui comportent plusieurs services, les malades ont, sauf en cas d'urgence et compte tenu des possibilités en lits, le libre choix du service dans lequel ils désirent être admis* »⁽⁴³⁾. Or, très nombreuses sont en pratique les limitations à la liberté de choix du patient (dans l'organisation des réseaux de soins, des centres de santé, du parcours du patient) voulues par les pouvoirs publics, et ce tout particulièrement pour lutter contre les déserts médicaux. Les mesures visant à apporter une solution à cette problématique passe par une politique de santé volontariste sur l'adaptation des activités des professionnels et établissements de santé publics et privés.

(37) R. Bouvet, Liberté du médecin et décision médicale, Droit, Université Rennes 1, 2016.

(38) C. santé publ., art. L. 1110-8.

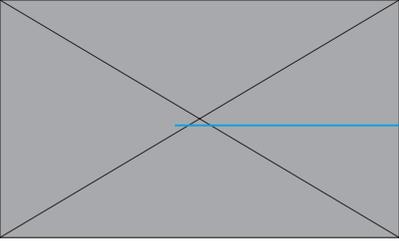
(39) CSS, art. L. 162-2.

(40) CSS, art. L. 863-8.

(41) C. santé publ., art. R. 4127-6 et R. 4312-8.

(42) C. santé publ., art. L. 1110-8, al. 2.

(43) C. santé publ., art. R. 1112-17.



Les opérations de concentration dans le secteur des établissements de santé est à cet égard une solution à double tranchant. En application des politiques de santé, elles permettent le rassemblement des spécialités et le développement de réseaux de compétences. Elles permettent alors de mettre en place une offre de services diversifiés présentant les spécialités et services associés dans une même structure, bénéficiant des autorisations d'exercice. Le risque pointé par l'Autorité est de remettre en cause les engagements principaux des professionnels de santé exerçant hors du périmètre des activités concernées par l'opération de concentration, au profit de leurs activités secondaires développées au sein des établissements issus de l'opération. Le risque est aussi de voir les professionnels du service public ou privé des établissements concurrents se déplacer vers les établissements concentrés en offrant des possibilités d'exercice élargies. Si, dans l'absolu, le patient conserve son libre arbitre, et la possibilité de choisir son médecin, il y a, en pratique, de très fortes probabilités pour qu'il suive le professionnel de santé dans l'établissement où il se trouve sous réserve de la question de la distance⁽⁴⁴⁾. Cette concentration des spécialités, par regroupement des autorisations détenues par les établissements du groupe, doit aussi être en adéquation avec la politique de santé du territoire. En effet, un rapprochement entre établissements de santé leur permet d'avoir un poids dans la discussion avec les ARS, que n'auraient pas eu les établissements isolés sur le territoire. Mais, fondamentalement, la question demeure toujours celle de la confrontation des pratiques concurrentielles face aux enjeux de santé publique.

L'analyse de l'opération de concentration entre Elsan et MPP, selon les critères des droits de la concurrence européen et national, suppose de prendre en considération la spécificité du secteur de la santé. Comme en tout autre domaine, les règles de concurrence visent à préserver la compétitivité entre les acteurs afin de stimuler les secteurs concernés vers une amélioration de la qualité et des prix, au bénéfice du

consommateur, qui est, en l'occurrence, un usager du système de santé.

La spécificité du secteur de la santé ressort de l'objectif poursuivi, à savoir : la protection de la santé publique, au sens collectif, et de la santé individuelle de chaque usager, patient, ou encore client, consommateur. Car, le patient est désormais devenu, au fil de l'évolution des politiques de santé, un patient/consommateur actif. Cette évolution se caractérise par l'intervention dans la relation entre les acteurs de santé, industries, établissements et professionnels de santé, du principal acteur payeur, à savoir l'Assurance maladie. Aussi, il semble nécessaire de mener une réflexion quant à l'impact de la politique de santé sur les pratiques concurrentielles dans le secteur de la santé. L'intervention de l'État dans l'encadrement réglementaire des pratiques et soins, et celle de l'Assurance maladie dans le financement et le remboursement des soins applicables au secteur public et privé, crée et incite à une forte compétition entre les établissements publics et privés, avec pour enjeu la sécurité et l'accessibilité des soins et prestations associées pour tous. ■

(44) Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2016, n° 15-23.664, publié au Bulletin.