

N^{os} 397908, 398394, 399351
SOCIETE ADVANCED TECHNICAL
FABRICATION et autres

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 28 novembre 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Vous êtes de nouveau saisis des tarifs et prix des implants orthopédiques.

Ces dispositifs médicaux implantables (DMI) sont remboursés aux hôpitaux « en sus », c'est-à-dire en dehors des tarifs des groupes homogènes de séjours. Le code de la sécurité sociale (CSS) prévoit que le comité économique des produits de santé (CEPS) fixe les tarifs de responsabilité, c'est-à-dire la base remboursable par l'assurance-maladie (art. L. 165-2 du CSS), des dispositifs inscrits sur la liste des produits et prestations remboursables (LPPR). Le code permet aussi au CEPS de fixer un prix de vente. En pratique, pour ces dispositifs, le CEPS fixe toujours un tarif et un prix identiques. Ces prix et tarifs s'appliquent soit à des DMI en nom de marque, soit, comme ici, pour des DMI en description générique. Dans ce dernier cas, ils sont en principe fixés par voie de convention entre le CEPS et le fabricant-distributeur ou bien une ou plusieurs organisations professionnelles de fabricants et, à défaut de convention, le CEPS fixe les tarifs et prix par voie unilatérale.

En 2013, le CEPS a entamé le chantier de la révision des prix et tarifs des implants orthopédiques, inchangés depuis longtemps malgré les évolutions dans le secteur s'agissant d'une dépense particulièrement dynamique, représentant en 2014 environ 750 M€ pour l'assurance-maladie, 20 % de plus qu'en 2010, dont les trois quart correspondent aux achats de prothèses de hanche et de genoux. Sans revenir sur les détails de la négociation avec les deux principales organisations de fabricants, le SNITEM et l'AFIDEO, nous rappellerons que les discussions se sont ouvertes sur la base d'une proposition de baisse uniforme de 10% de l'ensemble des lignes tarifaires, mais que, au final, le CEPS a décidé fin 2013 début 2014 des baisses différenciées et échelonnées de 10,5 % pour les hanches et 5,50 % pour les prothèses de genoux¹ avec un objectif d'économie globale de 50 M d'euros. Ces baisses se sont traduites par une convention avec le SNITEM, refusée par l'AFideo, et par des décisions unilatérales. Mais vous avez annulé ces baisses, pour vices de procédure, le 3 décembre 2015, *S.A. Groupe Lépine*, n^{os} 373948, inédite.

Après cette annulation, le CEPS a publié dès le 17 décembre 2015 un avis annonçant son intention de reprendre les mêmes niveaux de baisse qu'en 2013, en y ajoutant une baisse de 5 % pour tenir compte des conséquences financières de votre décision et de l'ONDAM. Aucune organisation n'a cette fois-ci voulu signer de convention et, par une délibération du 17 février 2016, mise en forme par une décision de son président du 19 février publiée le 1^{er}

¹ Et, pour les autres implants et prothèses, des baisses allant de 2 % à 16 %.

mars, le CEPS a repris les baisses de 2013, amplifiées de 2 % pour l'ensemble des implants orthopédiques, soit au final 7,39 % de baisse pour les prothèses de genou, et 12,29 % pour les prothèses de hanche.

Sous les n^{os} 397908 et 399351, les sociétés ATF et X-NOV², avec une intervention de l'AFideo que vous admettez, et sous le n^o 398394, l'AFIDEO et trois de ses entreprises adhérentes, vous en demandent l'annulation, étant précisé que, le 18 avril dernier, le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu cette décision en tant qu'elle s'applique aux produits d'ATF.

Clarifions d'abord la nature de l'acte attaqué : quelles que soient les maladroites formelles et les apparences trompeuses, il n'a qu'une seule décision, la délibération du CEPS du 17 février. L'acte se présentant comme une « décision » du président du CEPS du 19 février, acte qui a été publié au Journal officiel le 1^{er} mars, n'est pas une véritable décision, et n'est autre que la mise en forme et l'authentification de la délibération collégiale. Les requêtes, selon les cas dirigées contre la délibération, l'acte du président, ou les deux, ne visent donc en réalité que la première.

Cette fois-ci, vous écarterez l'ensemble des moyens de légalité externe soulevés. Les moyens d'incompétence du président manquent en fait, en l'absence de décision du président, nous venons de le dire. En revanche, il est vrai que le président doit, en application du troisième alinéa de l'article D. 162-2-5 du CSS, signer les décisions collégiales du comité. Mais le comité produit un relevé de décision de la séance du 17 février, signé par le président.

Il est aussi soutenu que la décision – comprendre, le relevé – ne comporte pas la mention lisible du prénom, du nom et de la qualité du président signataire, comme l'impose l'article L. 212-1 du CRPA (pour un organisme collégial, cf. CE, 5 nov. 2003, *M. H...*, n^o 238817, aux Tables). Ce moyen manque en fait, mais la question est de savoir s'il est opérant. Vous aviez écarté l'applicabilité de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration aux actes réglementaires dans une décision du 1^{er} juin 2016, *Association Arrête ton char*, n^o 390956, aux Tables, décision qui relève que cet article 4 est aujourd'hui codifié à l'article L. 212-1 CRPA. Vous avez ainsi semblé étendre par anticipation l'inopérance aux moyens tirés, à l'avenir, de la violation de l'article L. 212-1. Mais cette solution ne peut être retenue. L'article L. 212-1 s'applique à toute « décision », notion définie à l'article L. 200-1 du CRPA comme incluant les actes réglementaires. Le moyen est désormais opérant.

Sur la procédure, plusieurs moyens visent l'avis publié le 17 décembre 2015. Selon l'article R. 165-15 du CSS, lorsque la modification des prix et tarif est effectuée « à l'initiative » du CEPS, celui-ci doit publier un avis en ce sens, afin que les fabricants et distributeurs puissent présenter leurs observations dans les trente jours. Il s'agit d'amorcer un dialogue avec les professionnels. Il est soutenu que la délibération du CEPS du 10 décembre 2015, qui a « décidé » de publier cet avis, est entachée d'irrégularité faute de quorum à cette date.

² Elles ont intérêt pour agir contre les lignes tarifaires concernant les produits qu'elles commercialisent (14, relatives aux prothèses de hanche, pour ATF, 28, relatives aux prothèses de hanche et de genou, pour X NOV)

Ce moyen confine à l'inopérance³ car l'auteur de cet avis, le comité, est le même que l'auteur de la décision de modification des tarifs qui vient, en bout de chaîne, endosser l'initiative initiale. Lorsque le vice allégué de l'avis tient aux modalités d'expression de la volonté du comité, ce vice éventuel nous paraît toujours purgé par la décision finale, dès lors que celle-ci est régulièrement prise, sauf à ce qu'il apparaisse que cette irrégularité a par elle-même faussé la procédure contradictoire avec les professionnels, ce qui n'est pas même allégué ici (comp. CE, 27 févr. 2015, *Min. de l'intérieur et communauté urbaine de Lyon*, n°382502, aux T).

Il est ensuite soutenu que le CEPS ne pouvait décider une baisse différente de celle envisagée dans l'avis publié – 2% et non 5% - sans procéder à la publication d'un nouvel avis. Mais, sauf différence substantielle entre les deux, c'est bien l'intérêt de cette procédure que de tenir compte des observations recueillies⁴.

Plusieurs moyens visent la composition du comité lors de sa séance, décisionnelle, du 17 février 2016, à commencer par le moyen, tiré du défaut de quorum, que vous aviez accueilli en décembre dernier. En l'absence de texte applicable à la date de cette délibération, au moins la moitié des dix membres du comité devaient être présents. Tel était bien le cas : les membres figurant à l'article D. 162-2-1 du CSS, ou bien des représentants « *occupant des fonctions au moins égales à celles de sous-directeur* », étaient au nombre de huit, si l'on exclut le vice-président. Et peu importe l'absence des représentants de la DGOS ou de la CNSA, dès lors que le quorum est là⁵. Par ailleurs, l'instruction ne permet pas de remettre en cause la mention selon laquelle cette délibération a été adoptée à la majorité des présents. Et si X NOV soutient que des personnes n'ayant pas la qualité de « membre » étaient présentes : il s'agissait d'agents des services représentés, venus assister le représentant qualifié, dont la présence, qui correspond à une pratique administrative courante, ne vicie pas la procédure dès lors qu'il n'apparaît pas qu'ils auraient « participé aux débats ou aux votes ou auraient (...) exercé une influence sur le sens des avis rendus » (CE, 29 mai 2009, *Société les Laboratoires Servier*, n° 307162, aux Tables).

La société ATF soutient ensuite que le CEPS ne pouvait pas prendre de décision unilatérale à son égard, faute de lui avoir préalablement proposé de conclure une convention. Selon l'article L. 165-2 du CSS, les tarifs des produits inscrits par description générique « *sont établis par convention entre un ou plusieurs fabricants ou distributeurs des produits ou prestations répondant à la description générique ou, le cas échéant, une organisation regroupant ces fabricants ou distributeurs et le CEPS (...) ou, à défaut, par décision du Comité* ». Selon la requérante, le « à défaut » confèrerait à la technique unilatérale une portée subsidiaire, seulement après avoir en vain tenté de conclure une convention à la fois avec les organisations de fabricants mais aussi avec chaque fabricant.

³ On aurait pu se demander si un tel acte préparatoire doit émaner du collège. Certes, on déduit des articles D. 162-2-1 et s. du CSS que les « décisions » du CEPS sont prises par le collège, sans que le président dispose en principe vis-à-vis de l'extérieur des pouvoirs propres de décision. L'avis, bien que préparatoire, constitue à nos yeux une simple mesure préparatoire non décisive. Mais, compte tenu de ses effets, à savoir déclencher la procédure de révision des prix, délimiter le cadre des négociations avec les professionnels, il nous semble qu'elle doit bel et bien émaner du collège.

⁴ Rapp. pour un projet soumis à enquête publique, parmi d'autres exemples, CE, 22 févr. 1991, Mme S..., n° 102332, inédite

⁵ En outre, les trois administrations en cause ne sont pas « membres » avec voix délibérative, mais seulement membres permanents ou associés avec voix consultative.

Ce moyen ne peut qu'être écarté, pour deux raisons. D'abord, la publication de l'avis au JO, avait précisément cette vocation de permettre à chaque acteur de se manifester, car il serait irréaliste de les démarcher tous. Et au vu des résultats de cette phase de concertation, nous pensons que le CEPS peut choisir de recourir à l'acte unilatéral, lorsqu'aucune convention avec les organisations n'est envisageable, lorsqu'il s'agit de fixer le prix, opposable à tous d'un produit inscrit en description générique⁶ - et non d'un produit en nom de marque, propre à un fabricant. Car nous pensons, après avoir un temps pensé le contraire, que compte tenu de l'économie de la loi, une telle convention et la décision unilatérale prise « à défaut » ont, au moins en tant qu'elles fixent les tarifs et prix, exactement la même portée, celle d'un acte réglementaire fixant un tarif et le cas échéant un prix opposable à tous les tiers, y compris aux entreprises non signataires et n'adhérant pas à un groupement signataire. Dans le cas contraire, il faudrait, sauf dans le cas idéal où le cercle des signataires à la convention coïncide avec l'ensemble des distributeurs, doubler systématiquement toute convention d'une décision unilatérale pour éviter tout « trou dans la raquette ». Dès lors que ces actes ont la même portée, le choix entre l'un et l'autre est en partie affaire d'opportunité même si le CEPS doit, c'est l'esprit de la loi, et c'est opportun, privilégier la négociation. Enfin, la décision est motivée.

Venons-en aux moyens de légalité interne. Nous dissociérons, pour la commodité de l'examen des moyens, deux composantes dans la baisse décidée : la part correspondant aux baisses décidées en 2013, réitérées en 2016 (- 10,5 % pour les prothèses de hanche ; 5,50 % pour les genoux), et la baisse supplémentaire de 2 %.

Il est judicieux, à ce stade, de rappeler quels sont les critères légaux de fixation des tarifs et prix des dispositifs médicaux remboursables. En vertu de l'article L. 165-2 du CSS, la fixation des tarifs de responsabilité des DMI tient compte « *principalement du service rendu, de l'amélioration éventuelle de celui-ci, le cas échéant, des résultats de l'évaluation médico-économique, des tarifs et des prix des produits ou prestations comparables, des volumes de vente prévus ou constatés et des conditions prévisibles et réelles d'utilisation* ». La liste n'est pas limitative, et d'autres critères peuvent entrer en ligne de compte. Il est notamment un autre critère qui ressort de la lettre même d'autres articles du code, et, dirions-nous, de l'esprit même de cette régulation tarifaire : les objectifs d'équilibre financier de l'assurance-maladie, ainsi que vous l'avez d'ailleurs déjà jugé (v. CE, 20 mars 2013, *Société Addmedica*, n° 356661, aux Tables). Ainsi, l'article L. 162-17-4, rendu applicable aux DMI inscrits sur la LPPR, impose au CEPS de mettre en œuvre, les « orientations » qu'il reçoit des ministres compétents en application de la loi de financement de la sécurité sociale, et ajoute que le CEPS peut notamment prendre l'initiative d'une modification des tarifs lorsque l'évolution des dépenses « *n'est manifestement pas compatible avec le respect de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie* ». Voilà pour les tarifs de responsabilité. Pour les prix, l'article L. 162-38, applicable aux DMI inscrits sur la LPPR, prévoit que leur fixation « *tient compte de l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés* ». La notion de « tenir compte » n'exclut pas, là non plus, que d'autres paramètres peuvent jouer cumulativement⁷ - c'est heureux, pour des décisions fixant d'un même mouvement les tarifs et les prix, pour lesquels la loi prévoit des critères différents...

⁶ La conclusion d'une convention a surtout un sens s'il existe, pour le produit, une organisation prête à signer ou un nombre réduit de producteurs concernés.

⁷ Au passage, on notera la différence de finalité qui anime la fixation des tarifs, centrée sur l'appréciation de la valeur thérapeutique du produit au regard des contraintes des finances sociales, et la fixation des prix, tournée vers les conditions économiques du producteur. Lorsque, comme en l'espèce et comme c'est une pratique générale le CEPS fixe d'un même mouvement un tarif et un prix à un niveau identiques, il convient donc de vérifier que le CEPS a « tenu compte » de tout, et qu'il n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation, pour chaque volet de sa décision.

C'est dans ce cadre qu'il faut examiner ce que le CEPS a fait. L'AFIDEO soulève un moyen d'erreur de droit, solidement argumenté, reprochant au CEPS d'avoir fait une inexacte application des critères légaux de détermination des tarifs et prix, en se fondant exclusivement sur le critère des économies financières, sans mettre en œuvre aucun des autres critères légaux. Nous vous proposerons d'écarter ce moyen. Certes, il ressort du dossier, et le CEPS ne s'en cache pas, que l'objectif d'économiser 50 M euros sur le tarif des dispositifs médicaux à l'hôpital fixé par la LFSS pour 2014 au titre de l'ONDAM (v. l'annexe 9, tableau récapitulatif p. 47) est, pour reprendre un terme de la requête, le « moteur » principal du mouvement tarifaire litigieux.

Mais, d'une part, en droit, comme nous l'avions dit dans nos précédentes conclusions, l'objectif d'équilibre financier peut, toutes choses égales par ailleurs justifier à lui seul un mouvement de baisse. Comme tout autre critère peut, seul, déclencher une modification dès lors que l'autorité compétente s'est assurée qu'aucun des autres critères n'y fait obstacle ou ne justifie d'amplifier ou de ralentir la modification en question. Et s'agissant de l'ONDAM, que ce critère puisse jouer seul résulte de la lettre même de l'article L. 162-17-4. Le CEPS doit « tenir compte » de l'ensemble des critères, mais un seul peut être décisif.

D'autre part, en l'espèce, le CEPS n'a pas ignoré les autres critères, au contraire. L'ONDAM a motivé le mouvement tarifaire d'ensemble, mais le CEPS explique qu'il a ensuite réparti l'effort entre les différentes lignes, et notamment entre prothèses de genoux et de hanche, en tenant compte de deux autres paramètres principaux : les volumes de vente pour chacun de ces produits, les écarts constatés entre le prix réel de vente et leur tarif de responsabilité, indicateur selon le CEPS, nous allons y revenir, des marges des acteurs et de leur capacité d'absorption de baisses. Ajoutons que les distinctions entre lignes tarifaires, selon les caractéristiques comparées des produits, renvoient à un autre critère de fixation des tarifs et prix mentionné dans la loi, à savoir les « *tarifs et des prix des produits ou prestations comparables* ».

Il y a donc trois motifs de baisse : la contrainte de l'ONDAM pour le mouvement global de baisse et, pour la ventilation entre lignes, les volumes de vente et les marges. Précisons, pour en finir avec les critiques transversales, que si le CEPS a, en 2016, reconduit à l'identique les baisses de 2013, majorées de 2%, il n'a pas commis l'erreur de droit qui aurait consisté à ignorer les évolutions intervenues entre-temps : il les a prises en compte, mais a estimé qu'elles n'invalidaient pas les hypothèses sous-tendant l'ampleur des évolutions initiales.

Par les moyens suivants de légalité interne, les requêtes critiquent de manière ciblée, sous le timbre de l'erreur manifeste d'appréciation ou, ponctuellement, de l'erreur de droit, les motifs de baisse retenus par le CEPS, et soulignent les autres éléments qui auraient dû venir contrebalancer ces éléments « baissiers », mais que le comité aurait ignorés.

Tout d'abord, la contrainte résultant de l'ONDAM et, plus précisément, des objectifs d'économie affichés en LFSS sur les dispositifs médicaux, à hauteur de 50 M en 2013 ou de 20 M en 2016, n'est pas efficacement contredite.⁸

⁸ Il est exact, comme le soutient l'ATF, que la dynamique des dépenses sur les DIM est essentiellement liée à un effet volume – la hausse du nombre d'interventions chirurgicales - et non à l'inflation des tarifs. Mais cela n'empêche pas, bien au contraire, d'utiliser le vecteur tarifaire pour contenir les dépenses de l'AMO. A hauteur de 92 %, pour les

Le critère volume des ventes est d'un maniement moins aisé, et les explications du CEPS sont moins convaincantes, dès lors que la dynamique du recours aux prothèses de genoux est bien supérieure, sur les années récentes, à la dynamique des prothèses de hanche⁹. Face à cette dynamique, on aurait logiquement attendu une baisse tarifaire supérieure pour le genou par rapport à la hanche, et non l'inverse. Ce miroitement est d'ailleurs l'un des motifs qui a conduit le juge des référés à suspendre. Le CEPS indique toutefois que, en dépit de ce dynamisme des prothèses de genou, le volume d'activité reste, en niveau absolu, supérieur pour les prothèses de hanche, à hauteur de 160 000 actes par an, contre 104 000 pour le genou. Cette objection du CEPS n'est pas sans force : la loi, en parlant de volumes « prévus ou constatés », autorise une approche statique. Mais, au total, la seule prise en compte des volumes est un motif fragile.

En réalité, c'est l'autre élément qui semble avoir été décisif, à la fois pour l'ampleur du mouvement baissier et sa répartition : l'importance des rabais consentis par les fabricants-distributeurs, en particulier dans la vente des prothèses de hanche. Le CEPS s'est fondé sur l'observation de l'« écart tarif indemnisable » (ETI). De quoi s'agit-il ? Lorsqu'un établissement de santé achète un DIM à un prix inférieur au tarif de responsabilité, l'assurance-maladie lui rembourse la moitié de cet écart, c'est l'ETI. Ce mécanisme se veut une incitation à négocier un rabais pour les hôpitaux, que le financement « en sus » des dispositifs de la LPPR, n'y pousserait pas spontanément. Or, il est indéniable que, au-delà de leurs fluctuations d'une année sur l'autre, les rabais sont importants sur les prothèses orthopédiques, et sont structurellement le double pour les prothèses de hanche (autour de 15 %) par rapport aux genoux (autour de 7-8 %).

Le CEPS y voit un indicateur des marges d'efficience et des baisses de prix supportables par les fabricants. Nous pensons que le CEPS n'a pas entièrement tort, et que l'ETI, bien que n'est pas en lui-même l'un des critères légaux de fixation des prix, constitue un baromètre permettant d'approcher les « charges » et « revenus », expressément mentionnés pour les prix. Le recours à cet indicateur ne nous paraît pas par principe entaché d'erreur de droit. Mais il faut c'est un indicateur très imparfait, qui dépend de l'appétence à négocier des établissements, et de l'intensité de la concurrence sur ces marchés, d'autant que la pratique semble être de fixer des marges fixes, indépendantes du niveau des tarifs. Au total, avec les précautions qui s'imposent, l'ampleur des rabais, dès lors qu'elle est constante dans le temps, nous paraît pouvoir jouer.

Voilà ce que nous pouvions vous dire sur ces trois séries d'éléments, autour desquels tourne le débat. Car pour le reste, aucun des autres éléments avancés, à charge ou à décharge des baisses décidées, ne nous convainc entièrement. Le CEPS tire argument du caractère plus récent des innovations dans le domaine du genou, alors que les prothèses de hanches, dont le développement est plus ancien, seraient déjà amorties, mais cette différence de maturité des cycles de ces deux produits est contestée en défense et insuffisamment étayée par le CEPS.

Dans l'autre sens, l'argumentation de certains requérants sur l'impact négatif des baisses litigieuses sur le tissu industriel français, notamment des PME spécialisées, est

dépenses d'orthèses, prothèses et VPH, selon le rapport « Evolution et maîtrise de la dépense des dispositifs médicaux » (IGAS, nov. 2010, p. 16)

⁹ En nombre d'actes, l'activité de la PH a augmenté de 25 % entre 2010 et 2012, et de 4 % depuis 2012, alors qu'elle a augmenté de 127 % et 12 % sur les mêmes périodes pour la PG. En valeur, la prothèse de genou fait désormais jeu égal, à 275 M € par an, depuis 2014, alors qu'elle avait jusque là toujours été inférieure à la hanche.

inopérante. La tarification des produits remboursables n'est pas en tant que telle, légalement, un outil de politique industrielle. Certes, une évolution tarifaire qui en viendrait à assécher le marché français, quelle que soit la nationalité des opérateurs, serait sans doute critiquable, mais cela ne ressort pas du dossier. X NOV insiste aussi sur l'absence de remise en cause du service rendu ou attendu des prothèses mais, précisément, on est dans le « toutes choses égales par ailleurs » : à service constant, les autres critères d'évolution des prix peuvent jouer à la baisse. X NOV souligne ensuite, de manière là aussi convaincante sur le fond, les progrès considérables des ancillaires, c'est-à-dire du matériel, souvent laissé en prêt à l'établissement de santé, nécessaire à la pose des prothèses par voie chirurgicale. Il en résulterait globalement, en tenant compte des prothèses et des techniques opératoires d'implantation, un meilleur service. Mais les textes autorisent à centrer la fixation des tarifs sur les caractéristiques intrinsèques du dispositif médical. Au-delà des ancillaires, la société fait valoir l'augmentation des charges de toutes natures. Ces éléments, inopérants pour les tarifs, pourraient jouer pour la fixation des prix, mais on rejoint le débat sur l'existence de marges suffisantes. Quant aux comparaisons de prix européennes, elles ne nous paraissent pas décisives compte tenu des différences de contexte législatif et financier entre Etats.

Au total, c'est au bénéfice du contrôle restreint que vous reprenez en la matière que, compte tenu du résultat des négociations en 2013 entre le CEPS et les professionnels, des différences de volume en niveau absolu entre PH et PG, du niveau et du différentiel des rabais pour ces prothèses, nous vous proposons d'écarter le moyen d'EMA pour la part des baisses litigieuses correspondant à la reconduction des baisses décidées en 2013.

Venons-en pour terminer à la deuxième composante de la baisse : les 2 % supplémentaires venant s'ajouter à la reconduction des baisses initialement décidées en 2013 sur l'ensemble des lignes tarifaires, donc pas seulement pour la hanche et le genou¹⁰.

Les motifs de cette baisse supplémentaire de 2 %, si nous la comprenons bien à partir des écritures en défense du CEPS et de la motivation des délibérations du comité du 10 décembre 2015 et du 20 janvier 2016, est double. Il s'agit d'abord de tenir compte, d'une part, du surcroît de dépenses lié à la remontée des tarifs induite par votre précédente décision d'annulation, qui a rétabli les tarifs initiaux, applicables de nouveau entre décembre 2015 et mars 2016, d'autre part, du risque financier induit pour le passé : si les prix des ventes déjà conclues n'est pas rétroactivement remis en cause, l'assurance-maladie craint des contentieux de fabricants¹¹. Il s'agit aussi de tenir compte du durcissement de l'ONDAM intervenu entre-temps, à 1,75 % en 2015, et des objectifs d'économie sur les dispositifs de la LPPR décidés en 2016.

Ces motifs ne nous paraissent entachés ni de rétroactivité, ni de méconnaissance de la chose jugée par votre précédente décision d'annulation, ni d'erreur de droit au regard des motifs légaux de baisse : il s'agit de tenir compte, par des baisses applicables pour l'avenir seulement, de la situation factuelle résultant de votre décision d'annulation prononcée pour de purs motifs de forme et de procédure, au regard d'objectifs d'économie fixés par les lois successives de financement de la sécurité sociale inchangés voire renforcés. Mais, sur un terrain davantage factuel, nous sommes gêné par cette baisse permanente qui prétend répondre

¹⁰ Etant précisé qu'il ne s'agit pas de 2 % s'ajoutant à respectivement 10,5 et 5,5 % de baisse pour la hanche et le genou, mais 2% de baisse sur le résultat de ces premières baisses, c'est-à-dire sur le tarif qui s'est appliqué à partir du 1^{er} septembre 2015, conduisant, par rapport aux tarifs initiaux de 2013, à des baisses de 12,29 et 7,39 % pour le genou et la hanche

¹¹ Même si le seul effet mécanique d'un rétablissement des tarifs anciens concerne potentiellement l'ETI, c'est-à-dire les établissements dans leurs rapports avec la branche maladie...)

au « trou d'air » financier passager qu'a généré par votre annulation, dont vous aviez expressément renoncé à moduler les effets, sans que le CEPS justifie précisément, de manière chiffrée, en quoi un tel surcroît de baisse était nécessaire pour tenir dans la durée les objectifs pérennes de baisse – car, au-delà l'annualité de l'ONDAM, les objectifs d'économie de la LFSS sont pérennes – fixés initialement et accrus, légèrement, entre-temps. Faute de justification convaincante, nous pensons que l'invocation, à titre principal, des effets de votre décision d'annulation ne pouvait légalement justifier cette fraction de baisse.

Par ces motifs nous concluons à l'admission de l'intervention de l'AFIDEO et autres, à l'annulation de la décision du CEPS du 17 février 2016 dans la mesure qui vient d'être indiquée, au rejet du surplus des conclusions, donc au maintien de la part principale de la baisse, et au versement par l'Etat de sommes de 1 500 euros à la société ATF, de 500 euros chacun à l'AFIDEO et aux sociétés Adler Ortho, Groupe Lépine et Transystème SN, et de 1 500 euros à la société X Nov au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.