N° 438406

Conseil national de l'ordre des médecins

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 mai 2020

Lecture du 9 juin 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Les ordres des professions de santé peuvent-ils recourir à la centrale d'achat de leur choix ?

C'est à cette interrogation que la question prioritaire de constitutionnalité qui vous est soumise vous invite à répondre. Elle est présentée par le Conseil national de l'ordre des médecins, à l'appui d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre le décret n° 2019-1529 du 30 décembre 2019 relatif aux marchés passés par les conseils nationaux des ordres des professions de santé. Une demande de suspension de l'exécution de ce décret a fait l'objet d'un rejet¹ pour défaut d'urgence.

1. Ce décret a été pris pour l'application de l'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique, dont la constitutionnalité du deuxième alinéa est questionnée. Cet article a été créé par l'ordonnance n° 2017-644 du 27 avril 2017 relative à l'adaptation des dispositions législatives relatives au fonctionnement des ordres des professions de santé, ratifiée par la loi n° 2017-1841 du 30 décembre 2017. En application des dispositions transitoires prévues à l'article 14 de l'ordonnance, il est entré en vigueur le 1^{er} janvier dernier.

Il nous faut le citer une fois intégralement :

« Les marchés conclus à titre onéreux par le conseil national avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à ses besoins en matière de fournitures ou de services respectent les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures définis à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Les conseils nationaux des ordres peuvent constituer entre eux une centrale d'achats ou un groupement de commandes d'achats.

Dans les conditions et sous réserve des adaptations prévues par décret en Conseil d'Etat, le marché est passé, en fonction de son objet ou de sa valeur estimée, selon les procédures prévues à l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée. »

¹ Ordonnance n° 438405 du 28 février 2020

Autrement dit, les marchés passés par le conseil national doivent respecter non pas l'ensemble des dispositions législatives relatives aux marchés publics, mais deux éléments : d'une part, les principes généraux du droit de la commande publique, d'autre part, l'article 42 de l'ordonnance, relative aux différentes modalités selon lesquelles peut être passé un marché public selon son montant et son objet.

Ces dispositions résultent de la volonté de soumettre les ordres des professions médicales, ainsi que les ordres des autres professions de santé qui en sont dotées, aux principes de la commande publique, à la suite notamment d'observations de la Cour des comptes², soulignant l'absence de formalisation des politiques d'achat de ces ordres, conduisant à une grande opacité dans le choix des prestataires, en l'absence de recours à des critères objectifs et transparents.

Il a, dans ce cadre, été prévu qu'ils pouvaient constituer entre eux une centrale d'achats ou un groupement de commandes d'achats. C'est le deuxième alinéa, qui nous intéresse directement et, en son sein, uniquement la question des centrales d'achat.

Le cas des groupements de commandes n'est pas soulevé par la QPC (et le REP). Disons seulement, pour ne pas y revenir, que le groupement de commande n'a, quant à lui, ni personnalité morale, ni caractère permanent, mais permet à des acheteurs de s'associer pour mutualiser des achats.

Autre précision préalable : le périmètre des ordres concernés ne ressort pas de façon évidente de la lecture des dispositions du code de la santé publique, mais on peut en déduire sans beaucoup d'hésitation que les conseils nationaux des ordres visés au 2^{ème} alinéa de l'article L. 4122-2-1 sont ceux de l'ensemble des professions de santé³.

2. L'apparition des centrales d'achat s'est réalisée, de fait, progressivement, sans qu'une disposition générale ne les régit initialement.

Ainsi, la loi du 22 juillet 1959 a créé, dans sa forme moderne, l'Economat des armées, la plus ancienne des centrales d'achat. Est ensuite venue l'UGAP (Union des groupements d'achats publics), créée par un décret du 17 janvier 1968. A l'origine service administratif de l'Etat, elle a été transformée en établissement public industriel et commercial par un décret du 30 juillet 1985, encore en vigueur. Quelques autres centrales d'achat ont été créées par la suite, à l'instar du GIP RESAH (Réseau des acheteurs hospitaliers).

² Référé de la Cour des comptes de 2013 sur les relations entre l'Etat et l'ordre des pharmaciens ; un rapport de l'IGAS sur l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes a aussi été évoqué dans les travaux préparatoires de la loi de ratification mais il n'a pas été rendu public.

³ Les dispositions critiquées sont insérées dans le livre Ier (« professions médicales ») de la quatrième partie (« professions de santé ») du CSP, ce qui pourrait laisser penser que les ordres visés seraient ceux des professions médicales (médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes) et non ceux de l'ensemble des professions de santé. Mais des dispositions identiques ont été introduites à l'article L. 4231-8 (pharmaciens) et d'autres dispositions (L. 4312-7 (VI), L. 4321-19 et L. 4322-12, relatives respectivement aux infirmiers, aux masseurs kinésithérapeutes et aux pédicures-podologues renvoient à l'article L. 4122-2-1.

L'intérêt même de leur création est de mutualiser le processus d'achat, avec un objectif évident de réduction des coûts, mais aussi de simplification de procédure, en dispensant les acheteurs membres de la centrale de mettre en place une procédure de mise en concurrence, celle-ci étant gérée par la centrale.

Les centrales d'achat peuvent ainsi remplir deux missions principales : d'une part, l'acquisition de fournitures et de biens qu'elles stockent puis cèdent aux acheteurs (rôle de « grossiste »), d'autre part, la passation de marchés publics répondant aux besoins d'autres acheteurs pour le compte de ces derniers (rôle d'« intermédiaire »).

Si l'objectif de leur création était ainsi louable et à même de permettre le respect – indirect – des règles de mise en concurrence, le fondement juridique n'était pas pour autant solide. C'est ainsi que vous avez été saisis d'un recours contre le refus d'abroger les dispositions réglementaires dispensant de mise en concurrence les personnes publiques s'adressant à l'UGAP. Par votre décision *CAMIF* du 27 juillet 2001 (n° 218067, au Recueil), vous avez rappelé la mission de service public exercée par l'UGAP et vous avez jugé que pour assurer cette mission, le pouvoir réglementaire pouvait légalement aménager les règles du code des marchés publics. Mais vous avez précisé que l'intérêt général qui s'attache au bon accomplissement des missions de l'UGAP ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence, justifier l'octroi de droits exclusifs à l'UGAP que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière impartie à cette dernière ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure excessive. Et vous avez retenu que les dispositions réglementaires dispensant de mise en concurrence étaient contraires à la directive alors applicable⁴, en tant qu'elles dispensaient d'appel à la concurrence les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 écus HT par lesquels un pouvoir adjudicateur achetait des fournitures à l'UGAP.

Cette situation juridique fragile a trouvé une résolution avec l'intervention de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004⁵, qui a reconnu l'existence juridique de la centrale d'achat. Les directives de 2014 ont précisé le droit applicable et la transposition a été assurée par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, créant l'article L. 2113-2 du code de la commande publique.

Cet article prévoit qu' « *Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes : / 1° L'acquisition de fournitures ou de services ; / 2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services.* ».

⁴ directive 93/36/CEE du 14 juin 1993

⁵ relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

De façon explicite, la législation (article L. 2113-4) prévoit désormais que l'acheteur qui recourt à une centrale d'achat est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence, pour les opérations qu'il lui a confiées.

3. Ce cadre étant précisé, comment devez-vous interpréter les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique, aux termes desquelles, rappelons-le, « Les conseils nationaux des ordres peuvent constituer entre eux une centrale d'achats ou un groupement de commandes d'achats ».

Seuls des acheteurs peuvent, en application de la législation rappelée précédemment, constituer entre eux une centrale d'achats. Aux termes de l'article L. 1210-1 du code de la commande publique, les « acheteurs » soumis aux dispositions de ce code sont, comme vous le savez, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Or, les ordres professionnels ne sont pas des acheteurs au sens de ces dispositions. Ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs⁶, en application des critères posés par l'article L. 1211-1 du CCP, eu égard à leur financement, assuré par des cotisations, à leur autonomie organisationnelle et budgétaire et à leur gouvernance, avec des membres élus. Et ils ne sont pas des entités adjudicatrices, au regard de l'activité exercée.

Les ordres professionnels sont des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public (Assemblée, 2 avril 1943, B..., à propos du conseil supérieur de l'ordre national des médecins, créé par la loi du 7 octobre 1940). Leurs achats n'entraient pas dans le champ de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et les dispositions des articles L. 2113-2 à L. 2113-5 du code de la commande publique, en tant qu'elles ne permettent qu'aux acheteurs de constituer une centrale d'achat n'ouvraient ainsi pas cette faculté aux ordres professionnels.

L'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique permet donc la constitution d'une centrale d'achats *ad hoc*, entre conseils nationaux des ordres. La qualité de centrale d'achats ainsi octroyée conduit à ce que les ordres puissent s'adresser à une telle centrale, sans mise en concurrence, dès lors que celle-ci est soumise aux dispositions réglementaires prises pour l'application de l'article L. 4122-2-1.

⁶ Article 10 de l'ordonnance, devenu article L. 1211-1 du CCP :

« Les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° Les personnes morales de droit public ;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. »

Le conseil national de l'ordre des médecins ne remet pas en cause cette lecture mais donne une interprétation large à cette disposition : il soutient qu'elle interdit à un conseil de l'ordre de faire appel aux services d'une centrale d'achats existante. Le ministère chargé de la santé ne dément pas cette interprétation, mais estime que cette interdiction est justifiée.

Toutefois, trois éléments nous conduisent à ne pas retenir cette lecture restrictive de la loi.

Premièrement, les dispositions de l'article L. 4122-2-1 ne prévoient pas une telle interdiction : elles ont pour seul objet de permettre à un conseil national de constituer une centrale d'achats, et d'en retirer les avantages qui s'y attachent. Rien dans les travaux préparatoires ne permet de dégager une intention plus large. La seule évocation de ces dispositions apparaît dans le rapport fait par le député M... au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance. Il indique que « L'habilitation par ordonnance avait été demandée par voie d'amendement gouvernemental lors de l'examen en première lecture du projet de loi de modernisation de notre système de santé. / Présenté en fin de texte, l'amendement n'avait pas fait l'objet d'échanges permettant d'en préciser la portée ainsi que ses effets. Les parlementaires avaient dû se contenter d'une présentation assez sybilline par le Gouvernement : « Il s'agit d'un amendement de simplification portant sur les ordres de santé ». Les indications données par le Gouvernement au stade de la ratification ont fait écho à des mesures répondant aux observations notamment de la Cour des comptes. Mais rien de plus qui nous permettrait de lire la loi comme posant un principe d'interdiction de recourir à des centrales d'achats existantes.

Deuxièmement, il est exact que les dispositions critiquées utilisent les termes « entre eux ». En conséquence, des conseils nationaux ne peuvent pas créer, avec d'autres structures, une centrale d'achats. Mais créer n'est pas utiliser.

Il est vrai que seuls sont mentionnés les « acheteurs » dans les dispositions des articles L. 2113-2 et suivants du code de la commande publique, relatives aux centrales d'achat. Mais nous ne les interprétons pas pour autant comme interdisant à une centrale d'achats de droit commun (prévues par le CCP) de faire profiter de ses services des organismes de droit privé n'ayant pas la qualité d'acheteurs. Aucune interdiction en ce sens ne figure expressément.

D'ailleurs, la pratique des centrales d'achat est un indice en ce sens : le GIP Resah prévoit que des établissements du secteur privé peuvent adhérer selon deux formules : adhérer à la centrale d'achats ou adhérer au GIP, cette seconde formule conduisant alors à participer à la gouvernance. C'est aussi le cas pour la Centrale d'achats de l'informatique hospitalière (CAIH).

Certes, les ordres ne sont pas, comme nous l'avons vu, des organismes de droit privé comme les autres. Mais d'une part, il serait paradoxal de retenir une interdiction les concernant, alors que des organismes de droit privé auraient une telle possibilité de recourir à une centrale d'achat. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que les nouvelles dispositions du code de la santé publique ont eu pour objet de veiller à ce que les ordres respectent les principes de la commande publique. La possibilité de recourir à une centrale existante, qui elle-même

applique ces principes en application du code de la commande publique, ne contrevient donc nullement à ces objectifs.

Qu'au niveau réglementaire, les décrets constitutifs de certaines centrales d'achat ferment, le cas échéant, leurs portes à certains organismes est une chose. Mais cela ne signifie pas que la loi elle-même a entendu poser une telle interdiction.

On peine, qui plus est, à percevoir, quel serait l'intérêt d'une telle restriction. Pourquoi empêcher des ordres d'accéder à des centrales d'achat alors que le recours à ce mode de mutualisation des achats présente de nombreux avantages ?

Troisièmement, il est vrai que les dispositions réglementaires sont plus précises. L'article R. 4122-4-12, issu du décret du 30 décembre 2019, prévoit ainsi, dans son dernier alinéa, que « Le conseil national ne peut en revanche créer de centrales d'achat ou groupements de commande avec d'autres personnes publiques ou privées que celles mentionnées aux alinéas précédents ».

Mais il ne s'agit là encore que de la création de centrales d'achats. Et à supposer que le décret prévoirait une interdiction de recourir à d'autres centrales d'achat – ce que nous ne pensons pas – vous seriez alors confrontés à un problème de légalité de ce décret (au regard des dispositions législatives voire de la directive), sans rétroaction sur l'interprétation des dispositions législatives.

Nous pensons donc que ni l'article L. 4122-2-1 – ni même le décret attaqué - n'ont entendu empêcher les ordres de recourir à des centrales d'achat autres que celles qu'ils peuvent désormais créer entre eux.

Si vous nous suivez pour adopter cette interprétation de la loi, vous n'aurez pas à renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, qui pose la question de la méconnaissance d'une part des principes d'égalité et de liberté contractuelle, et d'autre part des stipulations combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention.

Si vous estimiez, en revanche, que la loi doit être entendue comme interdisant aux ordres de recourir à cette forme de mutualisation, alors vous devriez, nous semble-t-il, transmettre la QPC. Au regard du principe d'égalité, la question ne nous paraît pas devoir être considérée comme sérieuse, car la situation des ordres n'est pas identique à celle des acheteurs, ne serait-ce que parce qu'ils ne sont pas soumis à l'ensemble du code de la commande publique. Mais au regard de la liberté contractuelle, l'administration ne fait pas état d'une raison d'intérêt général convaincante et suffisante pour fonder une telle interdiction.

5. S'agissant de la requête, vous pourrez écarter les autres moyens, dont nous disons un mot plus rapide.

Tout d'abord, pour les raisons déjà évoquées, les dispositions de l'article R. 4122-4-12 n'ayant ni pour objet, ni pour effet d'interdire au conseil national de l'ordre d'une profession de santé de recourir à une centrale d'achat existant, vous pourrez écarter les moyens tirés de ce que cette interdiction serait fondée sur des dispositions législatives incompatibles avec l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel, de ce que le décret méconnaît lui-même ces stipulations et le principe d'égalité et serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

S'agissant ensuite des dispositions du décret imposant, en procédure formalisée, la publication des avis de marché à la fois dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné, il est exact qu'est ainsi imposée une publication dans deux supports, là où les acheteurs relevant du champ de la commande publique n'ont qu'une obligation (soit le BOAMP, déclenchant l'envoi au JOUE, soit le seul JOUE). Mais les conseils nationaux des ordres des professions de santé, d'une part, et les acheteurs, d'autre part, sont, à cet égard, dans deux situations différentes. Leurs avis de marché n'ont pas vocation à être publiés au BOAMP et au JOUE. Il était pour autant indispensable que soit prévue une procédure de publication assurant la transparence et la publicité nécessaire à leurs marchés. En prévoyant que celle-ci passait par une publication dans deux supports (général et spécialisé), le pouvoir réglementaire n'a pas créé une différence de traitement manifestement disproportionnée et cette différence est en rapport avec l'objet de la norme, qui est précisément de permettre aux ordres d'entrer, d'une certaine façon, dans le droit de la commande publique tout en prévoyant des adaptations nécessaires. Le décret ne méconnaît donc ni l'intention du législateur, ni le principe d'égalité.

Enfin, s'agissant de l'absence de dispositions transitoires, d'une part, le décret prévoit une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020, en précisant, à son article 4, que ces dispositions « ne s'appliquent qu'aux marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication, à compter de cette date ». Ainsi, les contrats déjà conclus comportant une clause de tacite reconduction ne sont pas concernés par ces nouvelles dispositions, sauf dénonciation moyennant un préavis si celui-ci était échu au 1^{er} janvier 2020. D'autre part, s'agissant du cas des nouveaux contrats devant être conclus peu après le 1^{er} janvier 2020, non seulement les acteurs concernés étaient prévenus de cette échéance leur imposant de nouvelles règles de publicité et mise en concurrence, mais ils pouvaient aussi engager les procédures avant cette date, sans être alors encore soumis aux nouvelles règles. Nous ne voyons donc nulle méconnaissance du principe de sécurité juridique, étant précisé, qui plus est, que la date d'entrée en vigueur initialement prévue par l'ordonnance du 27 avril 2017 au 1^{er} janvier 2019 a été repoussée d'un an par la loi de ratification de cette ordonnance, afin de tenir compte des difficultés pratiques avancées par les conseils nationaux.

Par ces motifs, nous concluons :

- qu'il n'y a pas lieu de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le conseil national de l'ordre des médecins,
- au rejet de la requête.