

**N° 449049**  
**Syndicat LEEM**

**1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 29 novembre 2021**  
**Lecture du 30 décembre 2021**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Vincent VILLETTE, Rapporteur public**

En 2019 en France, le marché des médicaments représentait un chiffre d'affaires de l'ordre de 30 milliards d'euros, dont 8,2 milliards au titre de ventes aux hôpitaux – soit 28 % du total<sup>1</sup>. Déjà significatif en soi, ce chiffre prend une toute autre dimension lorsqu'il est appréhendé de façon dynamique. C'est qu'en effet, un regard rétrospectif révèle que la part relative des dépenses hospitalières médicamenteuses n'a cessé de croître au cours des trois dernières décennies : **alors que ces dépenses ne constituaient que 12 % du marché hexagonal au début des années 1990**, elles ont enregistré un taux de croissance moyen annuel de 7,1 % (contre 3,1 % pour les ventes en officines) jusqu'à atteindre leur poids actuel. En réaction, pour tenter de freiner cette dynamique, le législateur a été conduit à apporter des tempéraments au principe<sup>2</sup> selon lequel, dans le secteur hospitalier, les prix des médicaments sont librement fixés entre les hôpitaux et les laboratoires dans le cadre de marchés publics. L'affaire appelée concerne le dernier avatar de cette régulation de prix, qui a été introduit par la LFSS pour 2020 pour les médicaments inscrits sur la liste dite « collectivités ». Le syndicat des entreprises du médicament (LEEM) le remet en cause au regard du droit de l'Union dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret pris pour l'application de ces dispositions législatives.

Pour appréhender le litige, il nous semble indispensable de procéder à un rappel – aussi rapide que possible – **des différentes modalités d'achat de médicaments à l'hôpital**.

---

<sup>1</sup> Les chiffres sont tirés du passionnant article : *Médicaments à l'hôpital : une régulation complexe pour une dépense croissante*, P. Paubel, RDSS 2020.1062

<sup>2</sup> Prévalant depuis la loi n° 87-588 du 30-07-1987

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Schématiquement, **vous savez que l'utilisation d'un médicament à l'hôpital est subordonnée à son inscription sur une liste.** Il existe trois listes : la liste dite « collectivités », pour le tout-venant des médicaments délivrés dans le cadre d'une hospitalisation, la liste dite « en sus » pour les spécialités particulièrement onéreuses et la liste dite « de rétrocession », qui elle recouvre les médicaments délivrés par la pharmacie hospitalière aux patients pour qu'ils suivent ensuite leur traitement en ambulatoire.

Nous l'évoquons, pour ces trois listes, **le principe est que le prix d'achat du médicament est librement déterminé entre l'établissement de santé et l'entreprise exploitante dans le cadre des marchés publics.** Vous le devinez, une telle situation peut conduire à de fortes disparités selon le pouvoir de négociation de l'établissement concerné, et selon qu'il existe des alternatives thérapeutiques au médicament considéré – autrement dit, selon que cette spécialité jouit ou non d'une rente de monopole.

Sans revenir sur ce principe de prix libre, **le législateur est déjà intervenu à plusieurs reprises pour en tempérer les effets potentiellement inégalitaires s'agissant des médicaments des listes « en sus » et « de rétrocession ».** D'une part, il a prévu que les établissements ne pouvaient pas acheter des médicaments inscrits sur la liste « en sus » à un prix supérieur à leur tarif de responsabilité, lequel correspond au montant remboursé par l'assurance-maladie, montant qui est normalement fixé à la suite d'une négociation entre le CEPS et l'industriel. D'autre part, il a prévu que ces établissements ne pouvaient pas acheter des médicaments inscrits sur la liste « de rétrocession » à un prix supérieur à leur prix de cession, prix qui correspond là encore à la base de remboursement de l'assurance-maladie et qui est normalement fixé par le CEPS à la suite d'une négociation.

En revanche, jusqu'à l'intervention de la LFSS pour 2020, **aucun mécanisme de ce type n'existait pour les médicaments de la liste « collectivités ».** C'est qu'en effet, pour ces médicaments, la logique est un peu différente dans la mesure où leur prise en charge par l'assurance-maladie s'inscrit dans le cadre d'un « groupe homogène de séjour » (GHS) ; autrement dit, conformément à l'esprit de la tarification à l'activité (T2A), cette dépense médicamenteuse se retrouve fondue dans l'ensemble des dépenses qu'un établissement supporte lorsqu'il soigne un patient au titre d'une affection donnée. En conséquence, la logique de plafonnement par référence au montant unitaire du remboursement n'était pas, telle quelle, transposable. C'est pourquoi le législateur s'est engagé dans une voie nouvelle lorsqu'il a adopté l'article L. 162-16-4-3 du code de la sécurité sociale (CSS), qui est au cœur du présent litige.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

En substance, cet article permet au ministre de fixer **un prix maximal de vente** pour les médicaments figurant sur la liste « collectivités ». A la lumière de cet article et de son décret d'application, il nous faut insister d'emblée sur trois caractéristiques de ce dispositif.

**Premièrement, il n'est ni automatique, ni systématique.** En effet, le législateur a conçu ce mécanisme de fixation de prix limite comme un dernier recours, qui ne peut être manié que dans deux situations. D'une part, « *en cas de risque de dépenses injustifiées, notamment au regard d'une augmentation significative des prix de vente constatés ou au regard des prix de produits de santé comparables* ». D'autre part, « *dans le cas de produits de santé qui, à titre unitaire ou compte tenu de leur volume global, ont, de manière prévisible ou constatée, un caractère particulièrement coûteux pour certains établissements* ». Concrètement, il ressort des travaux préparatoires<sup>3</sup> que moins d'une dizaine de spécialités était dans le viseur, et que l'économie projetée restait modeste, de l'ordre d'une dizaine de millions d'euros. Autrement dit, il s'agit avant tout d'une arme de dissuasion dont la vocation première est d'inciter les industriels à ne pas faire preuve d'une gourmandise excessive à l'égard des hôpitaux en position de faiblesse.

**Deuxièmement, ce prix est fixé unilatéralement par arrêté interministériel.** Evidemment, l'entreprise concernée est auparavant mise en mesure de présenter ses observations mais il n'en demeure pas moins que le montant arrêté ne résulte pas d'une logique conventionnelle. Pour encadrer la marge de manœuvre de l'exécutif, le législateur a cependant prévu que ce prix maximal serait fixé par référence à l'un au moins des critères maniés au moment de l'inscription sur la liste « ville ».

**Troisièmement, ce prix peut être évolutif.** En effet, à l'initiative du ministre ou de l'entreprise exploitante, le montant retenu peut être ajusté – à la hausse comme à la baisse – pour tenir compte d'un changement de circonstances.

Au total, **pour nous résumer**, ce nouveau dispositif – validé par le Conseil constitutionnel<sup>4</sup> – a en commun avec ceux des autres listes d'introduire un plafonnement sans remettre en cause le fait que le prix est fixé dans le cadre des marchés publics passés par chaque établissement<sup>5</sup>. En revanche, il s'en distingue par le fait qu'il n'est pas systématique mais ponctuel car ciblé sur les dérives manifestes, et par le fait que ce prix plafond est fixé de façon unilatérale, hors de toute logique conventionnelle.

---

<sup>3</sup> V. en ce sens l'intervention d'O. Veran, alors rapporteur général, lors des discussions en séance publique : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2019-2020/premiere-seance-du-vendredi-25-octobre-2019#1886181>

<sup>4</sup> Décision DC n° 2019-795 du 20-12-2019

<sup>5</sup> D'ailleurs, s'agissant des listes « en sus » et « de rétrocession », les établissements bénéficient d'un intéressement lorsqu'ils parviennent à acheter moins cher que le tarif de remboursement/prix de cession, à hauteur de 50 % de l'écart.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Ce cadre étant – fastidieusement – posé, nous pouvons en venir à **l'examen des moyens**.

Le premier moyen est tiré de ce que le dispositif litigieux méconnaît l'article 4 de la directive 89/105/CEE dite Transparence du 21 décembre 1988. En substance, cet article fixe diverses exigences procédurales aux Etats membres qui instaurent un « ***blocage du prix de tous les médicaments ou de certaines catégories de médicaments*** », en leur imposant notamment un réexamen annuel de la pertinence de cette mesure.

Ici, il est constant que le dispositif litigieux ne satisfait pas à l'ensemble de ces exigences procédurales, de sorte que vous aboutiriez à un **constat de contrariété avec le droit de l'Union si vous deviez estimer que ce mécanisme relève bel et bien de l'article 4**. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'en défense, le ministre se retranche derrière l'idée que l'invocation de cet article est inopérante.

Sur cette question, force est d'admettre qu'en première approche, **l'argumentation du syndicat requérant ébranle**. En effet, pour vous convaincre, le LEEM convoque à la fois l'esprit de la directive et la jurisprudence de la CJUE.

**S'agissant de l'esprit de la directive, il est vrai que celle-ci est pensée pour avoir un champ large** puisque son article premier précise que les Etats membres doivent veiller à ce que « *toute mesure nationale (...) en vue de contrôler les prix des médicaments (...) soit conforme aux exigences de [cette] directive* ». A la lumière des considérants liminaires, un champ aussi vaste s'explique par l'objet même de la directive, qui est « *d'obtenir une vue d'ensemble des accords nationaux en matière de fixation de prix* » et « *d'établir une série d'exigences permettant à toutes les parties intéressées de vérifier si les mesures nationales ne constituent pas des restrictions quantitatives ou des mesures d'effet équivalent* ». Le requérant en déduit que le mécanisme litigieux a nécessairement vocation à entrer dans le champ de la directive ainsi interprétée. Or, dans la mesure où ce mécanisme n'est susceptible de se rattacher à aucun autre article, le requérant soutient, par défaut en quelque sorte, qu'il faut l'assimiler à une mesure de « blocage des prix » pour pouvoir le faire entrer dans le champ de la directive.

Au soutien de cette approche inclusive, **le requérant se prévaut également de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**. Sur cette question, la Cour ne s'est prononcée de façon topique qu'une seule fois par un arrêt *Menarini*, rendu en 2009<sup>6</sup>. Elle y a jugé que la notion de « *blocage du prix de tous les médicaments ou de certaines catégories de médicaments (...) inclut toutes les mesures nationales visant à contrôler les prix des médicaments même lorsque ces mesures ne sont pas précédées d'un*

---

<sup>6</sup> CJUE, 02-04-2009, C-352/07

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*blocage de ces prix* ». En l’occurrence, elle en a déduit que des mesures italiennes de réduction de prix édictées en vue d’assurer le respect d’un plafond global des dépenses pharmaceutiques prises en charge entraient bien dans le champ de cet article malgré l’absence de mesures préalables de blocage. Le requérant estime que la lecture finaliste retenue par la Cour à cette occasion doit vous conduire, aujourd’hui, à attirer dans le champ de l’article 4 le dispositif en cause.

Nous l’avons dit, **cette question n’est pas évidente et vous ne disposez pas, à votre niveau, de précédents topiques auxquels vous adosser**<sup>7</sup>. A la réflexion, nous sommes toutefois d’avis que le mécanisme litigieux ne relève pas du champ de cet article 4. C’est qu’en effet, si nous ne mésestimons pas la puissance d’imagination de la Cour de Luxembourg, la structure de cet article 4 n’invite vraiment pas, à nos yeux, à y rattacher une mesure telle que celle ici en cause, et ce à trois titres.

Premièrement, le texte parle de « *blocage* » des prix – *freeze* en anglais. Le choix d’un tel terme fait ainsi écho aux cas dans lesquels la mesure empêche **la concurrence de jouer en pétrifiant temporairement les positions respectives des acteurs**. A l’inverse, ici, nous l’avons dit, il s’agit simplement d’interdire aux hospitaliers d’acheter au-dessus d’un certain prix : la régulation s’opère donc par la demande et, surtout, elle ne fait pas obstacle à ce que les acteurs se fassent librement concurrence sous ce plafond – ce qu’avait d’ailleurs relevé le Conseil constitutionnel au moment de valider la conformité à la Constitution de ce dispositif.

Deuxièmement, le texte parle de blocage des prix « *de tous les médicaments ou de certaines catégories de médicaments* ». **Ces termes renvoient ainsi à des mesures générales, destinées à réguler l’ensemble du marché ou a minima une portion significative de celui-ci** ; c’était d’ailleurs l’opinion nettement exprimée par l’avocate générale dans ses conclusions sur l’arrêt *Menarini* déjà évoquées puisqu’elle estimait évident que les mesures relevant de l’article 4 étaient « *générales et non précisément individualisées* » (§ 77). Or, en l’occurrence, le mécanisme litigieux consiste tout au contraire en des interventions ponctuelles, ciblées sur les quelques spécialités dont le coût dérape : il a donc une portée intrinsèquement différente.

Troisièmement, **les garanties prévues par l’article 4 nous paraissent inadaptées au mécanisme ici en cause**. D’une part en effet, cet article prévoit que le bien-fondé des mesures qui entrent dans son champ est réexaminé annuellement au regard « *des conditions macroéconomiques* ». Il nous semble qu’une telle exigence révèle que le mécanisme national est hors champ puisque nous ne verrions pas l’intérêt d’imposer un réexamen périodique à la lumière de l’évolution des conditions macroéconomiques d’une mesure uniquement prise en

---

<sup>7</sup> Le seul précédent identifié n’étant pas utile pour la réflexion : CE, 24-02-1999, *Syndicat des pharmaciens indépendants de la Réunion*, n° 194554, C

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.*

réaction aux dérives constatées sur un médicament donné. D'autre part, le deuxième paragraphe de l'article 4 prévoit que le titulaire d'une « *autorisation de commercialisation d'un médicament peut, pour des raisons particulières, demander à bénéficier d'une dérogation au blocage de prix* ». Autrement dit, cette seconde exigence repose sur l'idée que le blocage, du fait même de sa généralité, peut avoir omis de tenir compte de circonstances propres à un médicament, ce qui justifie en retour d'admettre que les industriels puissent solliciter une dérogation. Là encore, il apparaît alors que cette exigence tourne à vide lorsque l'on cherche à l'appliquer au mécanisme litigieux dans la mesure où, insistons-y une nouvelle fois, le plafonnement du prix concerne des spécialités précisément identifiées à raison des dérapages tarifaires qu'elles suscitent, de sorte que – par construction – l'exécutif ne peut avoir « visé trop large ».

Au total, si vous nous suivez, vous devrez écarter l'invocation de l'article 4 **comme inopérante dans toutes ses branches**, sans qu'il y ait lieu de renvoyer une question préjudicielle à Luxembourg.

Les **4 autres blocs de moyens** sont d'intérêt variable.

En premier lieu, si le requérant reproche à la mesure de ne pas avoir été notifiée à la Commission européenne comme l'exige la directive Transparence, cette argumentation – à la supposer même opérante – ne saurait vous retenir puisque vous avez jugé **qu'une telle communication n'était pas une exigence de légalité** dès lors qu'elle avait seulement pour objet de mettre la Commission en mesure de s'assurer de la bonne application du droit dérivé<sup>8</sup>.

En deuxième lieu, il est soutenu par la voie de l'exception que ce mécanisme législatif méconnaît l'interdiction, prévue à l'article 34 du TFUE, d'appliquer dans les échanges intracommunautaires **des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives d'importation**. Le syndicat ne conteste pas que ce mécanisme s'applique indifféremment aux médicaments nationaux et aux médicaments importés ; mais il fait valoir que les critères à l'aune desquels le prix plafond est fixé ne prennent pas spécifiquement les facteurs de coûts supplémentaires inhérents à l'importation et, *a fortiori*, qu'ils ne permettent pas d'ajuster ensuite ce prix en fonction des variations de ces coûts.

Commençons par préciser que, contrairement à ce que soutient le ministre, l'article législatif litigieux nous semble renvoyer aux seuls critères expressément mentionnés à l'article L. 162-16-4, quand bien même ces critères, qui sont ceux maniés dans le cadre de la liste ville, **ne sont pas exhaustifs lorsqu'il s'agit de fixer le prix d'un médicament figurant sur cette**

---

<sup>8</sup> V. CE, 21-04-2021, *Société Laboratoire GSK France*, n°s 442194-446597, B et nos conclusions sur ce point

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**liste**<sup>9</sup>. Par suite, vous ne sauriez vous fonder sur cette prétendue non-exhaustivité pour juger que le mécanisme en cause ne fait pas obstacle à la prise en compte des surcoûts associés à l'importation.

Pour autant, il nous semble exclu d'accueillir ce moyen. Certes, il est vrai que la CJUE retient une définition large et fonctionnelle de ces restrictions d'effet équivalent<sup>10</sup> en englobant toutes les réglementations « *susceptibles d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire* »<sup>11</sup>. Mais s'agissant des mesures tendant à la fixation d'un prix maximal indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, il est de jurisprudence constante que de telles mesures ne constituent pas, en elles-mêmes, une mesure d'effet équivalent sauf à ce que cette fixation soit établie « *à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient, soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux* »<sup>12</sup>. **Dans ces conditions, vous percevez immédiatement que le mécanisme contesté ne saurait être regardé, dans l'absolu, comme contraire à la libre circulation des marchandises.** En effet, la seule circonstance que la loi n'intègre pas expressément la prise en compte des frais associés à l'importation ne suffit pas à considérer que les prix susceptibles d'être fixés sur son fondement constitueraient structurellement une mesure d'effet d'équivalent qui empêcherait les acteurs européens de réaliser un profit raisonnable auprès des hôpitaux français. En réalité, c'est au cas par cas<sup>13</sup> qu'un laboratoire pourra contester le prix fixé en faisant valoir que le niveau retenu l'empêche de figurer sur le marché hospitalier<sup>14</sup>.

En troisième lieu, le syndicat requérant prétend que le dispositif serait contraire au principe suivant lequel, en matière de médicaments, la fixation du prix par décision unilatérale revêtirait un caractère subsidiaire. Mais, sur ce point, le seul fait que la loi ait privilégié, à titre principal, la voie conventionnelle pour fixer les prix sur d'autres listes ne suffit pas à faire émerger un tel principe, de sorte que vous ne pourrez qu'écarter ce moyen. Pressentant sûrement la faiblesse de ce premier argument, la requête la recycle au regard du principe communautaire de non-discrimination. Il est ainsi soutenu devant vous qu'une telle fixation

<sup>9</sup> V. en ce sens CE, 20-03-2013, *Société Addmedica*, n° 356661 et a., B

<sup>10</sup> V. pour des développements sur ce point : Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent in *Répertoire de droit européen*, D. Symon et *Fascicule 550 : Libre circulation des marchandises – mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives – Typologie*, F. Picot, JurisClasseur Europe Traité.

<sup>11</sup> CJCE, 11-07-1974, *Procureur du Roi c/ Dassonville*, aff. 8/74, qu'une telle atteinte affecte ou non de façon sensible les échanges entre Etats membres (CJCE, 14-07-1981, *Oebel*, aff. 155/80)

<sup>12</sup> CJCE, 26-02-1976, *Tasca*, aff. 65/75

<sup>13</sup> Ceci étant, à dire vrai, une telle hypothèse nous paraît peu probable. D'une part, le mécanisme a été conçu pour réagir face à des prix devenus excessifs, de sorte qu'il est peu vraisemblable que leur plafonnement à un niveau plus raisonnable aille jusqu'à hypothéquer la rentabilité des médicaments concernés. D'autre part, en pratique, il est probable que le prix sera aussi fixé en tenant compte des prix obtenus par ceux des établissements de santé qui auront mieux négocié : il s'en déduit que ces prix se situeront donc à des niveaux où, pour l'acteur considéré, la vente reste rentable.

<sup>14</sup> V. en ce sens CJCE, 19-03-1991, *CCE c/ Royaume de Belgique*, C-249/88

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

unilatérale d'un prix maximal de vente serait contraire à ce principe au motif **qu'elle conduit à traiter différemment des situations identiques**, à savoir – d'un côté – les médicaments relevant de la liste « collectivités » et – de l'autre – les médicaments relevant des listes « en sus » et « de rétrocession », pour lesquels, nous l'avons dit, le tarif maximal est normalement fixé à la suite d'une négociation. Mais, pour notre part, nous ne partageons pas la prémisse selon laquelle les situations seraient identiques au seul motif qu'elles concernent toutes des médicaments « hospitaliers » car, outre que l'objet même de ces listes est différent, la fixation d'un prix ne procède pas des mêmes logiques. En effet, là où, s'agissant des listes « en sus » et de « rétrocession », la fixation d'un prix est systématique car consubstantielle à sa prise en charge par l'assurance-maladie, elle est en revanche circonstancielle pour les médicaments de la liste « collectivités » puisque le prix est fixé en ultime recours en réaction à une situation pathologique. Ces différences dans la fréquence et la raison d'être de ce prix plafond suffisent à écarter le moyen à la racine.

En quatrième lieu, un dernier groupe de moyens cible spécifiquement **les insuffisances dont serait entaché le décret**, faute d'avoir précisé le dispositif sur trois points pourtant essentiels.

Le premier angle d'attaque conteste le décret au motif qu'il n'aurait pas précisé la manière dont **ce prix plafond s'articule avec les autres prix** lorsque la spécialité figure sur d'autres listes, en particulier lorsque cette inscription se fait au titre d'indications différentes. Toutefois, il nous semble qu'en tout état de cause, une telle incertitude ne saurait mener à l'annulation du décret puisqu'une telle hiérarchisation, qui supposerait d'arbitrer entre deux modalités législatives de détermination du prix plafond, nécessiterait l'intervention du Parlement, de sorte que le pouvoir réglementaire ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir traité une question qu'il ne pouvait pas compétemment résoudre. En tout état de cause, précisons que cette question, délicate en droit<sup>15</sup>, nous semble en réalité largement théorique dans la mesure où l'étude d'impact indiquait que seraient ciblés des produits inscrits sur la seule liste collectivités.

---

<sup>15</sup> Effectivement, il nous semble qu'une difficulté peut se poser puisque l'inscription d'une spécialité sur plusieurs listes ne signifie pas que cette spécialité fait l'objet de procédures d'achat différenciées. Par suite, il est vrai que la fixation d'un prix maximal peut s'appliquer à tous les achats effectués par l'hôpital, alors même que la spécialité serait utilisée pour d'autres indications que celle(s) ayant justifié son inscription sur la liste « collectivités ». Sur ce point, il convient toutefois de préciser d'emblée qu'une telle situation n'est pas susceptible d'advenir lorsque l'inscription sur une autre liste est synchrone ou antérieure à l'inscription sur la liste « collectivités ». En effet, dans ce cas, dans le cadre de l'inscription sur cette autre liste, un prix d'achat maximal par les hôpitaux aura nécessairement été arrêté par le CEPS, ce qui rendra par suite inutile – du fait même de cette régulation préexistante – la fixation unilatérale d'un prix au travers du mécanisme en cause devant vous. En revanche, il est vrai qu'en théorie, le problème peut se poser si l'inscription sur d'autres listes devait intervenir postérieurement à la fixation d'un prix plafond dans le cadre de la liste « collectivités ». Dans cette hypothèse en effet, se pose la question de l'articulation de ce prix unilatéral avec le prix d'achat maximal que doit fixer le CEPS lors des inscriptions sur les listes « en sus » ou « de rétrocession ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le deuxième angle d'attaque relève également de l'incompétence négative. Il est ainsi reproché au décret, d'une part, de ne pas avoir précisé les critères législatifs justifiant de recourir à ce mécanisme de prix maximal et, d'autre part, de ne pas avoir explicité plus finement les modalités de fixation du prix maximal, alors que la loi se bornait à prévoir que ce prix est arrêté « *au regard d'au moins l'un des critères* [mobilisés pour le prix de la liste « ville »] ». **Mais vous savez qu'un tel moyen d'incompétence négative est en principe inopérant à l'encontre d'un acte réglementaire** puisque vous vous refusez à imposer à l'exécutif « *de traiter toutes les questions d'un seul mouvement* » en partant de l'idée que ce qu'un décret n'a pas fait, un autre décret, c'est-à-dire la même autorité, pourra le faire demain<sup>16</sup>. En tout état de cause, ce moyen s'avère infondé en ces deux branches puisque les risques identifiés par le législateur, et les modalités de fixation de prix qu'il a prévues, nous paraissent suffisamment précis pour être opératoires.

Le troisième et dernier angle d'attaque reproche au décret de se montrer ambigu **en précisant que l'arrêté interministériel fixant un prix maximal « ne s'applique pas aux procédures d'appel d'offres en cours à la date de sa publication »**. Mais ce faisant, la requête nous semble surtout jouer à se faire peur et, en réalité, elle cherche uniquement à ce que, dans une décision solennelle, vous explicitiez ce qui se déduit assez naturellement de ces mentions – à savoir qu'un tel arrêté interministériel ne s'applique ni aux marchés publics conclus consécutivement à un appel d'offres en cours à sa date d'édition, ni *a fortiori* aux marchés publics déjà conclus avant son intervention.

#### **PCMNC au rejet de la requête**

---

<sup>16</sup> Conclusions E. Crepey sur CE, 16-10-2013, *Société EDF et Société France Telecom*, n°s 358701-359137, B

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*