



Le choix de la centrale d'achat pour les conseils nationaux des ordres des professions de santé

Aujourd'hui, le recours aux centrales d'achat permet de mutualiser l'achat public notamment dans un souci de bonne utilisation des deniers publics. L'arrêt du Conseil d'État commenté aborde la question du recours à de telles structures par les conseils nationaux des ordres des professions de santé sous l'angle des règles de leur constitution.

Auteur

Laurent Sery
Avocat Associé

Julie Coulange
Avocate
Cabinet ADAMAS

Références

CE 9 juin 2020, Conseil national de l'ordre des médecins, req. n° 438406

Mots clés

Conseils nationaux des ordres des professions de santé • Centrale d'achat • Commande publique • Acheteur • QPC • Principe d'égalité • Principe de liberté contractuelle

Ces dernières années, la rationalisation de l'achat public s'est notamment traduite par l'essor des regroupements entre acheteurs, notamment sous la forme de groupements de commandes ou encore de centrales d'achats.

Cette forme de regroupement que constitue la centrale d'achats suscite régulièrement différentes questions sur le plan juridique, certaines d'entre elles tenant notamment au respect du droit de la concurrence. Ainsi, des contentieux ont par exemple émergé à l'initiative d'opérateurs économiques écartés s'agissant du respect du principe de libre concurrence par certaines centrales d'achats⁽¹⁾.

De manière plus originale peut-être, l'arrêt commenté rendu le 9 juin 2020 a trait, quant à lui, à la question de la constitution de la centrale d'achat par des acheteurs non soumis au code de la commande publique.

L'ordonnance n° 2017-644 du 27 avril 2017 a étendu en effet aux ordres des professions de santé certaines dispositions régissant la passation des marchés publics. Les conseils nationaux de l'ordre des médecins, de l'ordre des chirurgiens-dentistes et de l'ordre des sages-femmes peuvent dorénavant constituer entre eux une centrale d'achats⁽²⁾.

(1) CE 27 juillet 2001, req. n° 218067.

(2) Des dispositions similaires existent pour les pharmaciens [CSP, art. L. 4231-8]. De même, pour les infirmiers [CSP, art. L. 4312-7], les masseurs kinésithérapeutes [CSP, art. L. 4321-19] et les pédicures-podologues [CSP, art. L. 4321-19], il est prévu l'application des dispositions de l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique.

Dans sa décision du 9 juin 2020, le Conseil d'État avait à répondre à la délicate question de savoir si les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique devaient être entendues comme interdisant à un conseil national des ordres des professions de santé de recourir à des centrales d'achat autres que celles constituées, le cas échéant, avec d'autres conseils nationaux.

L'alinéa 2 de l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique prévoit ainsi que « les conseils nationaux des ordres peuvent constituer entre eux une centrale d'achats ou un groupement de commandes d'achats ».

C'est avec pertinence que le Conseil national de l'ordre national des médecins a soutenu que de telles dispositions méconnaissaient les principes d'égalité et de liberté contractuelle, justifiant le renvoi au Conseil constitutionnel de la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du deuxième alinéa de l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique précité.

Le Conseil d'État a toutefois considéré que « la question prioritaire de constitutionnalité, qui n'est pas nouvelle, ne peut être regardée comme présentant un caractère sérieux. Par suite, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ».

Cet arrêt, d'une part, clarifie l'état du droit s'agissant du recours à une centrale d'achats par des conseils nationaux d'un ordre des professions de santé et, d'autre part, procède à une interprétation des dispositions attaquées en phase avec les principes de la commande publique.

Une décision qui permet de clarifier l'état du droit s'agissant du recours à une centrale d'achat par un conseil national d'un ordre des professions de santé

Les conseils nationaux des ordres des professions de santé : des acheteurs particuliers

En droit de la commande publique, les acheteurs soumis aux dispositions du Code de la commande publique sont définis à l'article L. 1210-1 du même code : « les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ».

Or, comme le relevait la Rapporteuse publique dans ses conclusions sous l'arrêt commenté, « les ordres professionnels ne sont pas des acheteurs au sens de ces dispo-

sitions. Ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs^[3], 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 ».

En effet, il ressort de la jurisprudence européenne qu'un ordre professionnel de médecins, dans la mesure où il dispose de la capacité à déterminer l'étendue de ses actions pour l'accomplissement de ses missions légales et donc à déterminer également ses besoins de financement et le montant des cotisations, doit être regardé comme disposant d'une autonomie organisationnelle et financière par rapport aux pouvoirs publics suffisante pour que le critère de la dépendance financière ne puisse être regardé comme rempli^[4].

Dans sa décision *Bouguen* du 2 avril 1943, le Conseil d'État avait d'ailleurs jugé, à propos de l'Ordre des médecins : « que le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public ; que si le conseil supérieur de l'Ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, il concourt au fonctionnement dudit service ; qu'il appartient au Conseil d'État de connaître les recours formés contre les décisions qu'il est amené à prendre en cette qualité, et notamment contre celles intervenues en application de l'article 4 de la loi précitée, qui lui confère la charge d'assurer le respect des lois et règlements en matière médicale ». Les ordres professionnels sont donc des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public.

Par conséquent, les ordres professionnels ne constituant pas des acheteurs au sens du Code de la commande publique, il n'était pas envisageable pour ces derniers de constituer une centrale d'achat telle que visée à l'article L. 2113-2 du code de la commande publique : « 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

[3] Article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, 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 créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

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

Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; Soit l'organisme 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 ».

[4] CJUE 12 septembre 2013, IVD GmbH & Co. KG c/ Artzammer Westfalen-Lippe, aff. C-526/11.

passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services ».

C'est dans ce contexte que l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique, créé par l'ordonnance n° 2017-644 du 27 avril 2017 a prévu la constitution de centrales d'achats entre les conseils nationaux des ordres à son alinéa 2 : « Les conseils nationaux des ordres peuvent constituer entre eux une centrale d'achats ou un groupement de commandes d'achats ».

Si cet alinéa permet aux conseils nationaux des ordres de constituer entre eux une centrale d'achat, la question se posait légitimement cependant de savoir s'ils pouvaient, par ailleurs, faire appel aux services d'une centrale d'achats existante.

La possibilité de faire appel à une centrale d'achats existante : une interprétation libérale de la loi

Dans son recours, le Conseil national de l'ordre des médecins soutenait qu'en prévoyant la possibilité pour les conseils nationaux des ordres de constituer entre eux une centrale d'achats, l'alinéa 2 de l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique leur interdisait par là même de recourir à une centrale d'achats existante.

Le Conseil d'État a écarté cette interprétation restrictive de la loi en considérant que « si elles fixent les conditions dans lesquelles les conseils nationaux des ordres des professions de santé peuvent créer des centrales d'achat, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique sont sans incidence sur la possibilité pour eux de recourir à une centrale d'achat existante pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services, dans les conditions prévues par les articles L. 2113-2 et suivants de la commande publique, lequel n'exclut par ailleurs, par aucune de ses dispositions, notamment pas par celles de son article L. 2113-2, une telle possibilité ».

En effet, si l'on procède à une lecture souple des dispositions attaquées, il peut être avancé le fait que l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique ne prévoit pas, à proprement parler, une interdiction pour les conseils nationaux des ordres des professions de santé de recourir à une centrale d'achats existante.

La Rapporteuse publique a insisté en outre sur le fait que la création de centrales d'achats est à distinguer de leur utilisation. Ainsi, si l'article R. 4122-4-12 du Code de la santé publique précise que « Le conseil national ne peut en revanche créer de centrales d'achats ou groupements de commande avec d'autres personnes publiques ou privées que celles mentionnées aux alinéas précédents », cette interdiction de « création » d'une centrale d'achats avec d'autres structures devrait être sans conséquence sur la possibilité de « recourir » à une centrale d'achats existante.

Une telle lecture des textes n'allait pas de soi.

Si les articles L. 2113-2 et suivants du Code de la commande publique, relatifs aux centrales d'achat, ne leur

interdisent en effet pas de faire profiter de leurs services des organismes de droit privé n'ayant pas la qualité d'acheteurs, force est de constater que seuls les « acheteurs » sont cités dans ces dispositions. À titre d'illustration, l'article L. 2113-2 du Code de la commande publique prévoit qu'une centrale d'achat exerce des activités d'achat centralisées « au bénéfice des acheteurs ». Les articles suivants, quant à eux, concernent « l'acheteur qui recourt à une centrale d'achat ».

Par suite, une interprétation littérale et stricte des textes pouvait laisser penser que ces dispositions n'avaient pas vocation à s'appliquer aux ordres professionnels, lesquels, comme indiqué préalablement, ne constituent pas des acheteurs au sens du Code de la commande publique.

Le Conseil d'État a néanmoins tranché la question en permettant aux conseils nationaux des ordres des professions de santé de recourir à des centrales d'achat existantes. Cette solution nous semble devoir être saluée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et la pratique.

Une décision en phase avec la pratique et les principes de la commande publique

Une volonté de soumettre les conseils nationaux des ordres professionnels aux principes de la commande publique

De manière plus générale, l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique, dont l'alinéa 2 était contesté, avait pour objet de soumettre les conseils nationaux des ordres des professions de santé aux principes du droit de la commande publique : « 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. (...) Dans les conditions et sous réserve des adaptations prévues par décret en Conseil d'État, 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 ».

Cette volonté de soumettre ces ordres professionnels aux principes de la commande publique fait notamment suite aux observations de la Cour des comptes sur le sujet. À titre d'exemple, dans un rapport public thématique relatif à l'ordre des médecins daté de décembre 2019, s'agissant de marchés passés pour l'aménagement du siège du CNOM, la Cour des comptes soulignait qu'« un cahier des charges a été co-rédigé avec le futur prestataire début 2017. Ce document, qui n'a pas été publié ni diffusé, ne donne à la procédure que l'apparence d'une consultation en bonne et due forme. Les dévelop-

pements relatifs à la cotation des offres et aux critères de pondération des candidats qu'il contient visent seulement à créer une illusion de mise en concurrence et de transparence »^[5]. La Rapporteuse publique soulignait à cet effet que les observations de la Cour des comptes témoignaient d'une « 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 ».

Dans un rapport de l'Assemblée nationale en date du 20 mars 2015, il était également indiqué qu'il était prévu « de soumettre les ordres au respect des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Cela résulte, selon l'exposé sommaire de l'amendement, de préconisations formulées par la Cour des comptes et l'Inspection générale des affaires sociales »^[6].

Conformément à l'article R. 4122-4-12 du Code de la santé publique, le conseil national de l'ordre peut donc désormais, pour organiser son achat, procéder à une mutualisation de ses besoins avec d'autres conseils nationaux sous la forme de centrales d'achat, dans les conditions prévues aux articles L. 2113-2 à L. 2113-4 du Code de la commande publique. Ce dernier précise que « l'acheteur qui recourt à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour les seules opérations de passation et d'exécution qu'il lui a confiées ». La combinaison de ces dispositions permet donc de répondre à l'objectif poursuivi, le respect des principes de la commande publique par les ordres professionnels.

De manière générale, la décision commentée du Conseil d'État semble empreinte de bon sens.

En effet, la possibilité de recourir à une centrale existante, qui elle-même applique les principes du droit de la commande publique, ne contrevient aucunement à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire la soumission des conseils nationaux des ordres au droit de la commande publique.

C'est donc certainement le bon sens juridique, plus que l'interprétation littérale des textes, qui a conduit le Conseil d'État à rejeter la question prioritaire de constitutionnalité ainsi que le recours formé par le Conseil national de l'ordre national des médecins.

Le rejet de la QPC et du recours

À l'appui de son recours pour excès de pouvoir, le Conseil national de l'ordre national des médecins demandait au Conseil d'État, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique

sur le Conseil constitutionnel, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du deuxième alinéa de l'article L. 4122-2-1 du Code de la santé publique.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État rappelle les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changements de circonstances, et la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux.

En l'espèce, dans la mesure où le Conseil d'État a considéré que les dispositions objet de la QPC étaient sans incidence sur la possibilité pour les ordres des professions de santé de recourir à une centrale d'achat existante pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services, les moyens tirés de ce qu'elles méconnaîtraient le principe d'égalité et le principe de liberté contractuelle ont été écartés. La QPC a par suite été regardée comme ne présentant pas un caractère sérieux.

Enfin, c'est également dans une logique de conformité aux principes de la commande publique ou encore aux modalités d'entrée en vigueur de textes nouveaux que le Conseil d'État a rejeté les autres moyens soulevés par la requête.

Ainsi, le Conseil national de l'ordre national des médecins contestait la légalité 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 soutenait à cet égard que le décret attaqué méconnaîtrait, sur ce point, le principe d'égalité au motif que les marchés passés selon une procédure formalisée par les conseils des ordres des professions de santé seraient soumis à des règles de publicité différentes de celles qui s'appliquent aux marchés passés selon une telle procédure par des acheteurs qui relèvent quant à eux du Code de la commande publique. Or, ces dispositions visent à assurer les principes de transparence et de publicité nécessaires à la régularité des marchés passés par les ordres professionnels de santé. Pour rappel, le Conseil constitutionnel juge que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »^[7]. Ce principe avait vocation à s'appliquer en l'espèce dès lors que la loi règle de façon différente des situations différentes : la situation des acheteurs soumis au Code de la commande publique d'une part, et les conseils des ordres des professions de santé d'autre part.

[5] C. comptes, L'ordre des médecins, Rapport public thématique, déc. 2019, p. 64 s.

[6] O. Véran e. a., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales* : Rapp. AN n° 2673, 20 mars 2015, p. 851.

[7] Déc. n° 1996-375 DC, *Rec.*, p. 60.

S'agissant du dernier grief tiré de la prétendue absence de dispositions transitoires et la méconnaissance du principe de sécurité juridique, le Conseil d'État a aussi écarté l'argumentation développée par les requérants en observant notamment que « les conseils nationaux des ordres de professions de santé étaient informés de longue date que leurs marchés seraient soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence à compter du 1^{er} janvier 2020 et rien ne faisait obstacle à ce qu'ils engagent avant cette date la procédure de passation des marchés arrivant à échéance au début de l'année 2020, de telle sorte que les nouvelles règles ne leur soient pas applicables ».

Au final, il apparaît donc que c'est fort justement que le Conseil d'État a considéré qu'il n'y avait pas lieu de transmettre la QPC soulevée par le Conseil national de l'ordre des médecins et que la requête tendant à l'annulation du décret n° 2019-1529 du 30 décembre 2019 a été rejetée. À l'évidence, la décision commentée s'inscrit dans une logique de souplesse et d'efficacité, en permettant au monde de la santé de recourir à des centrales d'achats existantes pour leurs achats. Dans un contexte de reprise de l'épidémie liée à la Covid-19 et de menaces sanitaires fortes, une telle solution présente un intérêt certain.