

Achats hospitaliers Coup d'arrêt aux "contributions fournisseurs"

La cour administrative d'appel de Paris confirme l'annulation de plusieurs marchés obligeant les fournisseurs à reverser une part de leur chiffre d'affaires à des centrales d'achat hospitalières. C'est la fin des marges arrières dans le secteur.

L'appel d'offre invalidé avait été lancé en février 2014 par le réseau des acheteurs hospitaliers Ile-de France (Resah Idf) pour la passation d'un marché public de médicaments à bons de commande portant sur 865 lots. Cette centrale d'achat hospitalière avait rejeté cinq des six offres présentées par le Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies, spécialisé dans les médicaments dérivés du plasma (LFB Biomédicaments), au profit de CSL Behring et Octapharma. LFB Biomédicaments a contesté une clause particulière relative à des "contributions fournisseurs", invoquant une violation du droit des marchés publics.

Des marges proportionnelles au chiffre d'affaires

Cette contribution fournisseur basée sur les flux consistait pour le titulaire du marché à verser à la centrale d'achat une contribution financière proportionnelle au chiffre d'affaires encaissé à l'issue de chaque semestre écoulé, avec un rendement initial de 1 %, révisable à la hausse sur toute la durée du marché. En contrepartie, la centrale d'achat s'engageait à une série de prestations, notamment l'accès du titulaire du marché aux établissements de santé du groupement, la centralisation des informations à destination des établissements et leur transmission et le respect de l'exclusivité due par les établissements de santé.

Statuant en première instance, le tribunal administratif de Paris a d'abord résilié ce marché litigieux en estimant que cette contribution était sans contrepartie. Ce jugement a été confirmé par la cour administrative d'appel de Paris qui a estimé qu'il n'appartient pas aux fournisseurs de participer directement, « par le biais d'une contribution, au financement du fonctionnement d'une centrale d'achat ou à la réduction des cotisations dues par ses adhérents ».

Une jurisprudence qui fait date

« La cour administrative d'appel tire pour la première fois les conséquences d'une telle pratique commerciale abusive sur la validité de marchés publics en cours d'exécution », analyse Sophie Imbault, avocate intervenant en matière de contrats publics au sein du pôle santé du cabinet Earth Avocats. Selon le rapporteur public de la cour administrative d'appel, « au-delà du litige ponctuel, il s'agit de prendre une position de principe sur la validité d'une pratique très répandue dont les modifications sont importantes, tant pour les groupements qui financent par cette contribution leurs charges de fonctionnement que pour les fournisseurs qui la versent... à contrecœur ».

Il est probable que cette position donne lieu à l'avenir à de nouvelles décisions concernant d'autres centrales d'achat dans le secteur des établissements hospitaliers publics. ■



Deux questions à...

Sophie Imbault, avocate au pôle santé du cabinet Earth Avocats

Comment expliquez-vous l'identification récente de pratiques de marge arrières dans la commande publique ?

● L'émergence de ce risque découle notamment des politiques de mutualisation et de massification des achats qui se traduisent par un

groupement d'achats dans le secteur public. Certaines centrales sont désormais en position d'imposer des obligations injustifiées dans le cadre de ces nouveaux rapports de force.

L'arrêt de la cour administrative d'appel met-il un terme à ces pratiques commerciales non vertueuses ?

● Il transpose le mouvement jurisprudentiel relatif aux centrales d'achat privées de la grande distribution au marché public. Dorénavant, de telles clauses sont interdites. Cet arrêt pourrait être à l'origine d'un important contentieux. Les opérateurs évincés de marchés incluant ces contributions fournisseurs peuvent entamer des procédures sous réserve des délais de recours, ou en actionnant la voie du recours indemnitaire. Cette jurisprudence sera également l'opportunité de renégocier certains marchés hospitaliers en cours d'exécution.

Propos recueillis par Bernard Banga, MD Report

Bernard Banga, MD Report