

MARCHÉS PUBLICS HOSPITALIERS

Les établissements de santé face aux pratiques anticoncurrentielles

En dépit de l'existence de règles de transparence et de mise en concurrence présidant au choix de leurs cocontractants, les établissements de santé n'échappent pas aux pratiques anticoncurrentielles en matière de marchés publics.

L'Autorité de la concurrence rend chaque année des décisions précisant que les hôpitaux, les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, les établissements médico-sociaux sont les cibles privilégiées de pratiques d'ententes et d'abus de position dominante. L'impact de ces pratiques est si significatif que dans sa feuille de route de 2020^[1], l'Autorité de la concurrence a indiqué qu'elle souhaitait « *porter une attention particulière à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics* ». Ces pratiques d'ententes affectent tous les secteurs économiques en lien direct avec l'activité des établissements de santé : le transport sanitaire^[2], les médicaments^[3], les gaz médicaux^[4], la biologie médicale, l'achat de défibrillateurs^[5] mais également la construction et la rénovation de ces établissements puisque l'Autorité de la concurrence a également identifié des pratiques dans le secteur des revêtements de sols souples^[6], la rénovation des chaufferies^[7], la fabrication des portes^[8], jusqu'à la restauration collective^[9]. Les pratiques d'abus de position dominante ne sont pas épargnées avec des pratiques de boycott ou de dénigrement dans le secteur des médicaments notamment^[10].

Ces pratiques anticoncurrentielles portent une atteinte grave et immédiate à l'économie mais surtout impactent directement le budget de fonctionnement des établissements de santé. Le montant de ces surfacturations, qui peuvent aller jusqu'à 30% du prix et pour lesquelles les établissements publics peuvent demander réparation, s'élève à plusieurs centaines de millions d'euros par an.

L'année 2022 a d'ailleurs été marquée par un tournant décisif dans la lutte contre ces pratiques illicites, puisque des centaines d'établissements de santé répartis sur l'ensemble du territoire ont réclamé plus de 400 millions d'euros à des fabricants de revêtements de sols (le cartel, dit, « du lino »). Ces derniers avaient été reconnus coupables, par l'Autorité de la concurrence en 2017, d'avoir participé à un cartel de prix pendant 23 ans.

Pour comprendre ce phénomène et lutter contre, il faut d'abord l'identifier ces pratiques illicites. Est-il possible de les prévenir alors que le mécanisme de mise en concurrence est prévu pour assurer une concurrence juste et loyale entre les opérateurs économiques intervenant dans le secteur hospitalier ?

Il convient d'y répondre en exposant les voies de recours ouvertes aux établissements de santé contre ces pratiques. Les personnes publiques qui s'engagent dans le contentieux de la réparation, bénéficient d'un cadre légal plus favorable, d'outils juridiques éprouvés et d'un taux de succès inégalé. Selon l'étude « *Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif*^[11] », le taux de succès des personnes publiques qui agissent en réparation devant le juge administratif est significativement plus élevé que celui des personnes privées qui agissent devant le juge judiciaire. Cette différence peut s'expliquer par certaines spécificités du contentieux de la réparation des ententes devant le juge administratif. Ces droits à réparation peuvent d'ailleurs revêtir la forme d'obligations, conformément au principe de bon usage des deniers publics et à l'interdiction des libéralités.

Il faudrait, enfin, des pratiques « achat » plus spécialisées dans les établissements publics de santé ou médico-sociaux.

Sarah SUBREMON

Avocate associée – Cabinet
bureau Brandeis Avocats

Hugo-Bernard POUILLAUDE

Maitre de conférences (HDR)
en droit public à l'Université
Paris-Est Créteil

Avocat associé – Cabinet BRL
Avocats

LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES DANS LE SECTEUR HOSPITALIER

Reconnaitre les pratiques anticoncurrentielles

En droit national, les pratiques anticoncurrentielles sont définies aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Elles consistent en des ententes entre entreprises ou des abus de position dominante. Lors de la passation d'une commande publique, la pratique anticoncurrentielle la plus fréquemment constatée est l'entente entre entreprises intéressées par l'appel à la concurrence. Préalablement à la remise des offres, les entreprises s'entendent sur le choix du ou des cocontractants du pouvoir adjudicateur. La stratégie concurrentielle de l'ensemble des membres de l'entente est

définie à cette occasion. L'action occulte des membres de l'entente permet d'organiser une concurrence artificielle qui est destinée à tromper la vigilance de l'acheteur public. Cette pratique contribue généralement à renchérir le coût des prestations pour celui-ci en faisant obstacle à la libre détermination du prix par le jeu normal de la concurrence.

Dans le secteur sanitaire, l'Autorité de la concurrence a rendu de nombreuses décisions décrivant les pratiques les plus fréquentes.

Dans la décision n° 22-D-4^[12], l'Autorité de la concurrence a sanctionné un ensemble de sociétés qui s'étaient regroupées pour présenter une offre unique à un appel d'offres. La réponse en groupement visait avant tout à supprimer le reliquat de concurrence et à s'entendre sur les prix proposés aux hôpitaux. La constitution de ce groupement a ainsi mis les hôpitaux dans l'impossibilité de solliciter des propositions alternatives et de faire jouer la concurrence, alors que c'est l'objet même de la passation de marchés publics. Cette entente a totalement verrouillé la concurrence et a, pour certains marchés, élevé les prix payés par les hôpitaux.

Dans la décision n° 03-D-01^[13], l'Autorité de la concurrence a sanctionné des pratiques de sociétés actives dans le secteur des gaz médicaux. Ces sociétés étaient la plupart du temps les deux seules sociétés à présenter des offres lors des passations de marché. Elles se présentaient alors comme deux sociétés autonomes, présentant des offres distinctes et concurrentes, alors qu'en réalité, elles se concertaient préalablement sur les prix et se répartissaient les marchés. Afin d'accroître les marges du groupe, les deux sociétés se sont entendues pour faire accepter aux établissements hospitaliers, en cours de contrat et lors des appels d'offres, des augmentations de prix importantes, qu'elles justifiaient de la même façon par l'apparition de nouvelles charges liées au nouveau statut des gaz médicaux. Elles déterminaient par ailleurs des zones géographiques de développement réciproque et se répartissaient les clients entre elles.

Le personnel de santé peut, dans certains cas, être une cible privilégiée de certains opérateurs économiques. Dans la décision n° 17-D-25, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une pratique d'abus de position dominante du laboratoire Janssen Cilag qui a mis en œuvre une vaste campagne de dénigrement des génériques de Durogesic, propageant auprès des professionnels de santé exerçant en ville et à l'hôpital (médecins, pharmaciens) un discours trompeur de nature à instiller un doute dans leur esprit sur l'efficacité et l'innocuité de ces génériques. Ces pratiques ont retardé de plusieurs mois l'arrivée des génériques sur le marché ce qui a impacté le budget des établissements de santé et ultimement de la sécurité sociale contrainte de rembourser à taux plein le médicament princeps.

La mise en concurrence entre mythe et réalité

L'acheteur public n'est pas libre de négocier les prix comme il le souhaite. En qualité de pouvoir adjudicateur, il est soumis à des procédures plus ou moins formalisées selon le montant des marchés. Les procédures négociées sont relativement exceptionnelles par rapport aux marchés classiques de fournitures ou de service, qui interdisent des étapes de négociation sur les prix.

Cela n'empêche cependant pas d'accorder une attention particulière au critère prix dans les marchés publics, ni d'être exigeant, dans les documents de consultation, pour que le candidat se trouve dans l'obligation d'expliquer précisément la composition de son prix. Surtout il convient de procéder à des analyses exigeantes de la composition de ce prix au stade de l'analyse des offres.

Toutefois, la fonction « achat » des établissements de santé, désormais exercée uniquement par les établissements supports des groupements hospitaliers de territoires, n'a pas toujours la compétence ou la spécialisation pour détecter un prix, ou des prix, anormaux (contrairement souvent aux centrales d'achats et aux groupements de commande).

Il n'en reste pas moins que la rédaction des offres de marché est une étape clé dans la prévention de ces pratiques. Le périmètre géographique et l'implantation des opérateurs économiques doivent être étudiées attentivement pour permettre d'avoir une procédure de mise en concurrence adaptée à l'environnement économique et concurrentiel.

[1] Autorité de la concurrence, Feuille de route de 2020, publiée le 9 janvier 2020

[2] Décision n° 22-D-04 du 2 février 2022

[3] Décision n° 17-D-25 du 20 décembre 2017

[4] Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003

[5] Décision n° 07-D-49 du 19 décembre 2007

[6] Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017

[7] Décision n° 08-D-15 du 2 juillet 2008

[8] Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006

[9] Décision n° 19-D-24 du 17 décembre 2019

[10] Décision n° 20-D-11 du 9 septembre 2020

[11] J. Adda, R. Amaro, J-F. Laborde, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA* 2019, p.30

[12] Décision n° 22-D-04 du 2 février 2022

[13] Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003

L'acheteur public a la possibilité, lorsqu'il présume l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, d'éliminer les offres illicites des entreprises soupçonnées. Il a également la possibilité d'exclure des appels d'offres des entreprises déjà condamnées définitivement par l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 2141-7 du code de la commande publique.

Il est en tout cas indispensable d'analyser attentivement les offres reçues. Des offres de prix similaires ou l'absence d'offres doivent susciter la vigilance, bien que ces irrégularités soient parfois malheureusement indétectables. Il n'est pas rare que les entreprises qui soumissionnent utilisent des techniques sophistiquées pour s'échanger des informations confidentielles.

Dans la décision n° 96-D-64, les entreprises avaient été trahies par des offres présentant les fautes typographiques. Des prix anormalement bas, ou encore l'absence d'offre, constituent autant d'indices de pratiques anticoncurrentielles.

Dans la décision n°17-D-20, les fabricants de revêtements de sols ont ouvert neuf lignes téléphoniques dédiées afin de discuter en toute discrétion. Chaque participant était équipé d'un téléphone dont la ligne avait été ouverte par un concurrent, afin que les communications aient toujours lieu entre deux téléphones de la même entreprise. En pratique, chacun détenait donc deux téléphones, à savoir un de sa propre entreprise, ainsi qu'un autre téléphone dont la ligne avait été ouverte par un autre fabricant.

Dans ces cas, ce sont de véritables pouvoirs de police, que l'Autorité de la concurrence détient, qui sont seuls à même de déceler et de prouver l'entente illicite. Les établissements ne doivent pas pour autant demeurer passifs : ils doivent en particulier poursuivre et être indemnisés des auteurs de ces infractions.

LES DROITS ET LES OBLIGATIONS DE L'ORDONNATEUR PUBLIC

Ces pratiques particulièrement graves ne doivent pas restées impunies et ce d'autant que les sanctions administratives imposées par l'Autorité de la concurrence ne réparent pas le préjudice individuel subi par chaque établissement de santé. Par ailleurs, la demande hospitalière se caractérise par une rigidité au changement de fournisseur, par crainte notamment de ruptures d'approvisionnement incompatibles avec la sécurité des patients. En outre, l'élasticité de certains biens (médicaments) ou prestations (transport sanitaire) est très faible en raison de leur caractère indispensable et non substituable. Cette situation expose encore davantage les établissements de santé qui constituent des proies faciles pour les entreprises peu scrupuleuses qui trompent l'acheteur public.

Un cadre juridique très favorable permet aux établissements de santé d'obtenir réparation à chaque fois qu'elles sont lésées par ce type de pratiques. Dans certains cas, ce devoir peut même revêtir la forme d'obligations conformément au principe de bon usage des deniers publics et à l'interdiction des libéralités.

Le droit à une réparation intégrale des préjudices financiers supportés par les établissements de santé

Un cadre juridique très favorable aux personnes publiques

Plusieurs réformes substantielles visant à permettre une réelle indemnisation à la suite d'infractions aux règles prohibant les ententes sur les prix et les abus de position dominante, ont été mises en place.

Une Directive européenne^[14] transposée en droit français^[15] vise à faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence dans l'Union. Dernièrement, par trois arrêts du 27 mars 2020, le Conseil d'Etat^[16] s'est prononcé sur les conséquences indemnitaires de l'entente anticoncurrentielle, dans le secteur de la signalisation routière, dans un sens favorable aux départements qui ont eu la volonté de dénoncer ces pratiques. Bercy encourage les acheteurs publics à récupérer les sommes induites payées en publiant un guide destiné aux acheteurs publics et aux élus locaux^[17]. Depuis plusieurs années, les juridictions administratives françaises concourent dans cette démarche et ont dégagé de

[14] Directive 2014/104 UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne

[15] Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017

[16] CE 27 mars 2020 Département de la Manche, req. n°420491 ; CE 27 mars 2020 Département de l'Orne, req. n°421758 ; CE 27 mars 2020 Département de l'Orne, req. n°421833

[17] DGCCRF, Guide destiné aux acheteurs publics et aux élus locaux

grands principes facilitant l'indemnisation des acheteurs publics. D'une part, une décision d'infraction d'une autorité de concurrence permet d'établir le dol^[18]. Parmi ces grands principes, on notera, en premier lieu, que dès lors que la faute est établie, le juge administratif reconnaît l'existence de ce chef de préjudice mais laisse ouverte la question de son montant^[19]. En deuxième lieu, l'existence du préjudice, du moins pour la part constituée par le surpris des prestations, s'infère de la décision de l'autorité de concurrence reconnaissant l'existence de l'entente^[20]. En troisième lieu, une société ayant participé à une entente anticoncurrentielle peut être solidairement condamnée à réparer l'entier surcoût supporté par une collectivité publique en raison de cette entente, y compris lorsqu'elle n'a pas conclu le contrat à l'origine de ce surcoût et n'a donc que « très indirectement » concouru à la réalisation de ce dommage. La victime du dommage peut ainsi demander à l'une des entreprises concernées de lui verser la totalité de l'indemnité qu'elle estime lui être due, à charge ensuite pour l'entreprise ainsi condamnée d'engager envers les autres une action récursoire ou un appel en garantie.

Une variété d'actions judiciaires à la disposition des personnes publiques pour maximiser leurs chances de succès

Notons d'une part que les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel. Le juge administratif est également compétent pour connaître de litiges contre des membres de l'entente autres que l'attributaire du marché.

La jurisprudence du Conseil d'Etat^[21] nous enseigne d'autre part qu'il existe plusieurs voies d'action qui doivent être analysées au cas par cas dans le cadre d'une stratégie contentieuse soigneusement élaborée : la personne publique qui s'estime victime d'une pratique anticoncurrentielle à l'occasion de la passation d'un marché public peut toujours émettre un titre exécutoire^[22] mais il convient de privilégier l'annulation du contrat sur le fondement de l'article L.420-3 du code de commerce ou d'engager une action en dommages et intérêts sur le fondement du dol.

L'article L.420-3 du Code de commerce dispose que tout contrat conclu à l'issue d'une pratique anticoncurrentielle est nul. Si le juge administratif ordonne l'annulation du contrat, la personne publique doit obtenir le remboursement total de toutes les sommes déboursées pour l'exécution du contrat. Le cocontractant quant à lui pourra demander une indemnisation basée sur la théorie de l'enrichissement sans cause.

La pratique anticoncurrentielle constitue un dol puisqu'elle a trompé les personnes publiques sur la réalité de la concurrence et ont accepté, sans le savoir, leur contrat à des conditions plus onéreuses. L'action en réparation contre leur cocontractant permet d'obtenir des dommages et intérêts. Il appartient à la victime d'évaluer ou faire évaluer les sommes litigieuses, versées abusivement au cocontractant.

Les obligations de l'ordonnateur public

Les obligations des ordonnateurs se sont récemment renforcées. Elles invitent à adopter une nouvelle approche face aux pratiques anticoncurrentielles.

Le régime des procédures de passation de marchés publics est en effet subordonné au respect de deux principes de la comptabilité publique que sont, d'une part, le bon usage des deniers publics et d'autre part, l'interdiction des libéralités.

Codifié dans le code la commande publique, « *le bon usage des deniers publics* »^[23] fait obligation aux personnes publiques de rendre compte du bon emploi de ces derniers. Le principe d'interdiction des libéralités^[24], consacré par le Conseil d'Etat de longue date, interdit notamment de renoncer à une pénalité ou de conférer une indemnité injustifiée.

En ce sens, la décision du 23 novembre 2022^[25] de la Cour de discipline budgétaire et financière, dite ECPAD, rappelle que la renonciation à la liquidation de pénalités effectivement dues par le titulaire d'un contrat pour manquement à ses obligations pouvait être de nature à engager la responsabilité de l'ordonnateur public. Une telle décision est tout à fait transposable à la question indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles impactant financièrement les marchés publics.

[18] CAA Paris, 22 avr. 2004, n° 99PA01043, *Société Dumez SA et autres*

[19] CE 19 mars 2008, *Dumez*, n°269134, préc.

[20] CAA Paris, 22 avr. 2004, *Campenon Bernard*, confirmé par le Conseil d'Etat, préc.

[21] CE, 19 décembre 2007, *Sté Campenon-Bernard et al.* Req. N° 268918 ; CE, 7e et 2e ch. Réunions, 10 juillet 2020, *Lacroix Signalisation*, req.

[22] Conviendra-t-il de veiller à ce que la somme puisse encore être réclamée par ordre de versement, dès lors que les créances publiques sont soumises à la prescription quadriennale.

[23] Article L.1 du Code de la commande publique

[24] CE, du 19 mars 1971, *Mergui*, n°79962

[25] CDBF, 23 novembre 2022, *Etablissement de communication et de production audiovisuelle de la défense (ECPAD)*

Il convient en outre de relever l'impact de l'ordonnance du 23 mars 2022 relative à la responsabilité financière des gestionnaires publics, entrée en vigueur au 1er janvier 2023.

En premier lieu, celle-ci a unifié le régime de responsable des ordonnateurs et des comptables publics.

Dorénavant, tous les ordonnateurs et comptables publics d'établissements publics, à l'exception des élus locaux et des personnes ayant suivi les instructions de leurs supérieurs hiérarchiques ou détenant un ordre écrit de l'élu local^[26] - sauf en cas de gestion de fait^[27] - pourront être sanctionnés pour une faute grave relative aux règles d'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens publics. Une condition est toutefois imposée : ces manquements devront avoir causé un préjudice financier significatif^[28].

[26] Article L.131-5 du Code des juridictions financières

[27] Article L.131-6 du Code des juridictions financières

[28] Article L.131-9 du Code des juridictions financières

L'ordonnance prévoit en outre que les négligences des titulaires d'emplois de direction pourront donner lieu à des amendes pouvant aller jusqu'à six mois de rémunération maximum.

Dans le sillage de l'ordonnance, le décret du 22 décembre 2022 relatif à la chambre du contentieux de la Cour des comptes et à la Cour d'appel financière et modifiant le code des juridictions financières^[29] a précisé les modalités de contrôle des actes conclus, notamment par les établissements de santé.

[29] Décret n°2022-1605 du 22 décembre 2022

En premier lieu, il permet aux exécutifs locaux, aux chefs des services d'inspection, aux préfets, et la Direction générale des finances publiques de saisir la chambre du contentieux de la Cour des comptes en cas de faute grave constatée. Le risque qu'une faute ne soit pas identifiée s'amenuise d'autant. En second lieu, il permet aux comptables publics de signaler aux ordonnateurs toute opération susceptible de relever d'une infraction sanctionnée par le Code des juridictions financières^[30]. Ainsi, et en cas d'irrégularité constatée, le comptable peut suspendre tout paiement. L'ordonnateur aura dès lors la possibilité de procéder à une régularisation ou inviter le comptable public de procéder au paiement.

[30] Article L.131-7 du Code des juridictions financières

Mise en place le 1er janvier 2023^[31], il incombera à la 7ème chambre de la Cour des comptes de préciser les contours de la notion du préjudice financier significatif. Il ne fait pas de doute cependant que le renoncement à une action indemnitaire, alors même que l'Autorité de la concurrence aurait révélé et condamné des pratiques anticoncurrentielles, pourrait remplir cette condition. Le fait même, que nous mentionnons auparavant, que certains cartels aient contribué à augmenter artificiellement certains marchés publics de 30% permet de s'en convaincre sans difficulté.

[31] Ordonnance du 23 mars 2022, relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics

Dès lors, même si ce nouveau régime de responsabilité n'instaure aucune obligation directe pour les ordonnateurs publics d'introduire un recours devant une juridiction, l'abandon d'une créance certaine pourrait tout à fait être sanctionnée.

Le renforcement de cette responsabilité est, sur ce point, à saluer, pourvu qu'il ait un effet pédagogique à l'égard des ordonnateurs, puis dissuasif à l'égard des entreprises.

VEILLE DOCUMENTAIRE

Campagnes des échelles nationales de coûts (ENC) 2022 et 2023

L'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation (ATIH) informe le 23 décembre 2022 (Sur <https://www.atih.sante.fr/etudes-nationales-de-couts-sanitaires-enc/presentation>):

- de la mise à jour de la documentation technique nécessaire à la réalisation des campagnes ENC 2022 en médecine, chirurgie, obstétrique (MCO), en soins de suite et de réadaptation (SSR) et en hospitalisation à domicile (HAD);
- des perspectives et nouveautés à prendre en compte pour la réalisation des campagnes ENC 2023 dans chacun de ces champs.