

« Contribution Fournisseurs » : quand les centrales d'achat hospitalier flirtent avec les mauvaises pratiques de la grande distribution

En découvrant les vertus d'une gestion optimisée et centralisée des achats, les centrales d'achat hospitalier n'ont pu s'empêcher d'en attraper les vices. Ainsi, à l'instar de leurs parentes de la grande distribution voici quelques années, elles cherchent à pousser leur avantage au détriment des fournisseurs en instaurant des pratiques dont la légalité est plus que questionnable.

A l'heure du vaste mouvement de rationalisation des achats des personnes publiques du fait de la contrainte budgétaire, les achats hospitaliers apparaissent en pointe. Le programme « Performance hospitalière pour des achats responsables » (PHARE), lancé en 2011, a donné pour objectif de « *mieux acheter pour donner des marges de manœuvre supplémentaires aux hôpitaux* » tout en conservant le niveau actuel de prise en charge des patients. Nombre d'hôpitaux et d'établissements publics de santé ont ainsi adhéré, pour la passation de leurs marchés publics de fournitures et de services, à des groupements d'achat ou des centrales d'achat, fers de lance de cette nouvelle politique d'achat. Il semble que celle-ci porte ses fruits et présente un aspect positif pour les finances publiques. Pour autant, certaines pratiques

adoptées sous couvert de cette rationalisation ne sont pas exemptes de critiques.

Il semblerait en effet qu'en découvrant les vertus d'une gestion optimisée et centralisée des achats, les centrales d'achat hospitalier n'ont pu s'empêcher d'en attraper les vices. Ainsi, à l'instar de leurs parentes de la grande distribution voici quelques années, elles cherchent à pousser leur avantage au détriment des fournisseurs en instaurant des pratiques dont la légalité est plus que questionnable. Une affaire récente vient éclairer cette problématique.

La Contribution Fournisseurs basée sur les flux dite "C2F"

Le GIP RESAH-Ile de France, qui constitue la plus grande centrale d'achat hospitalier de France, a

inséré, il y a de cela quelques mois, dans le cahier des charges des marchés publics de fourniture qu'il passe pour le compte de près de 150 hôpitaux et établissements d'Ile de France, une clause intitulée « *Contribution Fournisseurs basée sur les flux* » dite « C2F ».



Aux termes de cette disposition les fournisseurs attributaires des marchés sont invités à verser au GIP RESAH-IDF une "contribution" égale à au moins 1 % de leur chiffre d'affaires HT encaissé par le titulaire, par période de 6 mois et pour toute la durée du marché. Plus encore, le titulaire peut « proposer en cours d'exécution du marché une ou des augmentation(s) de ce taux pour une période donnée et/ou sur un périmètre définis ». Cette contribution était initialement présentée comme étant la « contrepartie des prestations assurées par le GIP RESAH-IDF », consistant pour l'essentiel à être « l'interlocuteur privilégié du titulaire pendant toute l'exécution du marché ».

Ce dispositif imposé et qui ne peut faire l'objet de discussions par les candidats dans le cadre d'appels d'offres ouverts, n'a pas manqué de faire réagir fortement l'ensemble des fournisseurs de produits hospitaliers.

En effet, s'il n'est pas inhabituel que la rémunération des prestations d'une centrale d'achat public prenne la forme d'une contribution du titulaire du marché, il s'agit en général d'une rémunération indirecte de la centrale d'achat par les pouvoirs adjudicateurs, les fournisseurs étant expressément invités à intégrer le montant de cette contribution dans leurs prix. Ce mécanisme de rémunération indirecte a été soumis à l'avis de la Direction des Affaires

Juridiques du Ministère de l'Economie, qui a indiqué qu'il ne posait pas de difficultés au regard des règles de la comptabilité publique. Il est, en revanche, beaucoup plus rare que les centrales d'achat prétendent que leurs prestations sont effectuées au bénéfice du titulaire du marché lui-même, et que ce dernier doit en conséquence les rémunérer, sans possibilité d'être compensé par les pouvoirs adjudicateurs.

Un recours infructueux contre la C2F

Comme cela était prévisible cette disposition a été attaquée par un fournisseur, la société LFB Biomédicaments, devant le tribunal administratif de Paris dans le cadre d'un référé pré-contractuel.

Un tel recours était plus que légitime. On peut néanmoins regretter qu'il n'ait pas été porté devant le bon juge et permis de démontrer l'illégalité de cette clause.

En effet, le juge du référé précontractuel qui a, dans le principe, pour mission d'apprécier, dans l'urgence, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, n'est que peu enclin à outrepasser son rôle et à se pencher sur l'objet même et les conditions d'exécution des marchés qui lui sont soumis. En outre, ce type de recours n'autorise pas toutes les

argumentations et enserme le requérant dans un exercice difficile pour démontrer l'illégalité d'une clause du contrat auquel il prétend.

Au cas d'espèce, cela a eu pour résultat que le Tribunal administratif de Paris a rejeté, par une ordonnance du 31 mars 2015, l'ensemble des arguments de la requérante tendant à démontrer l'illégalité de la Contribution Fournisseurs mise en place par le GIP RESAH-IDF.

Cette ordonnance, dont la rigueur juridique peut être questionnée, ne peut cependant avoir pour effet de valider la Contribution Fournisseurs et d'écarter toute critique sur la légalité de cette clause.

La question de la légalité de la C2F reste posée

En effet, au-delà des arguments avancés dans la requête de la société LFB Biomédicaments, la validité de ce dispositif peut être questionnée plus avant.

Après analyse du cahier des charges qui a fait l'objet du recours, cette obligation de paiement apparaît en réalité dépourvue de contrepartie réelle, de sorte qu'elle constitue une obligation sans cause et donc illégale.

De fait, les prestations prétendument assurées au bénéfice du titulaire du marché ne correspondent concrètement à aucune prestation spécifique ni à

aucun avantage particulier mais simplement, à l'exécution normale par le GIP RESAH IDF de ses obligations à l'égard de ses établissements adhérents. Les prestations mentionnées n'ont peu ou pas de consistance, de sorte que l'on peut considérer qu'elles sont largement fictives.

A titre d'exemple, on mentionnera que lorsque le GIP RESAH-IDF indique dans le cahier des charges qu'il « *s'engage à être l'interlocuteur privilégié du titulaire pendant toute l'exécution du marché* », il ne rend pas un service particulier au titulaire du marché, mais assure tout simplement ses obligations de mandataire des établissements acheteurs. Il convient en effet de rappeler que le GIP RESAH-IDF, dans sa mission de centrale d'achat, agit, conformément à l'article 9 du Code des marchés publics et à ses statuts, au nom et pour le compte de ses adhérents qui le chargent de procéder, à leur place, aux opérations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à eux pour la passation de leurs marchés et l'exécution de ceux-ci.

De même lorsque que le GIP RESAH-IDF prétend « *faciliter l'accès du titulaire aux établissements* », outre que l'on ne voit pas très bien de quelle prestation il s'agit précisément, on relèvera encore qu'il n'y a pas ici de "facilité" spécifique aménagée mais simplement l'exercice de la mission de mandataire confié par les EPS au GIP RESAH-IDF.

On ajoutera que, dans ce contexte d'achat, les titulaires n'ont pas vraiment le choix de l'accès aux établissements acheteurs puisque ceux-ci ont décidé, volontairement, de passer par une centrale d'achat, canal pour ainsi dire "fermé". Le GIP RESAH-IDF ne "facilite" donc pas l'accès mais met simplement en œuvre les modalités de gestion de leurs achats choisies par les établissements adhérents. Il n'y a donc pas, là encore, de prestations spécifiques rendues au profit du titulaire.

La réalité de ces prestations semble encore plus ténue, pour ne pas dire inexistante, en phase d'exécution du marché. En effet, d'une part, le GIP prétend « *centraliser les informations à destination des établissements et les relayer auprès de ces derniers* », et « *collecter et transmettre aux établissements les documents administratifs* ». Mais d'autre part, le cahier des charges prévoit généralement que « *dès la réception de l'annexe de la convention de mise à disposition, le titulaire prend contact avec le bénéficiaire (l'établissement hospitalier) afin de déterminer les modalités pratiques de l'exécution du marché (...)* », que le marché s'exécute au moyen de bons de commande émis par les établissements acheteurs et que ceux-ci doivent s'efforcer de regrouper leurs commandes « *afin d'optimiser la logistique* ». De sorte que, dans cette phase

d'exécution, on ne sait pas très bien ce que le GIP RESAH-IDF "centralise" et "collecte".

Enfin, on mentionnera, pour achever de se convaincre, que le GIP RESAH-IDF est censé « *veiller au respect de l'exclusivité due par les établissements au titulaire* ». D'un point de vue juridique, il apparaît relativement choquant qu'un mandataire puisse vendre à un cocontractant un service consistant à s'assurer que son mandant va respecter le contrat qu'il a signé. Cela reviendrait à demander à une entité contractante de payer son cocontractant pour s'assurer que ce dernier va respecter ce à quoi il s'est engagé.

L'absence de contrepartie réelle à la Contribution Fournisseurs est confirmée par les termes du cahier des charges qui prévoit que « *le titulaire pourra proposer en cours d'exécution du marché une ou des augmentation(s) de ce taux pour une période donnée et/ou sur un périmètre définis* »

Sans s'arrêter ici sur la suspicion que soulève une telle disposition quant à la gestion du conflit d'intérêt auquel le GIP RESAH IDF se trouvera confronté lors du renouvellement du marché, il en ressort clairement que la Contribution Fournisseurs ne constitue pas tant la rémunération de prestations pour lesquelles le GIP RESAH-IDF aurait exposé des coûts qu'une forme de prime, dont le montant serait finalement laissé à l'appréciation du titulaire.

Mais on ne voit pas, là encore, quel risque ou quel avantage une telle prime viendrait rémunérer.

L'article 1131 du Code civil dispose que "*l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*", la cause d'une obligation étant la prestation qui est attendue en échange de la part du cocontractant.

Ce principe civiliste est intégralement repris par le juge administratif qui l'applique de longue date aux contrats administratifs¹, et notamment aux marchés publics.

Sur la base des éléments exposés ci-dessus, la Contribution Fournisseurs devrait normalement être considérée comme nulle et sans effets dans la mesure où elle impose au titulaire une obligation de paiement sans que celui-ci ne reçoive aucune prestation réelle de la part du GIP RESAH-IDF.

Une pratique déjà sanctionnée et strictement encadrée dans la grande distribution

La légalité de la Contribution Fournisseurs pourrait être d'autant plus questionnée qu'elle correspond à une pratique des centrales d'achat de la grande

distribution entre les années 1990 à 2000, qui a donné lieu à une jurisprudence abondante, dont les termes pourraient largement s'appliquer au cas d'espèce, et qui a conduit le législateur à condamner strictement cette pratique.

Le contexte de la grande distribution était certes différent - avec une interdiction de la vente à perte, un principe de non-discrimination tarifaire des distributeurs et l'instauration du système dit des "marges arrières" pour contourner ces contraintes -, mais l'idée avancée était la même que celle affichée par la GIP RESAH-IDF. La centrale d'achat, au prétexte qu'elle agissait finalement tout autant pour ses adhérents que pour les fournisseurs auprès desquels elle s'approvisionnait, obligeait ou incitait fortement ces derniers à signer, en sus des contrats de vente, des conventions de "coopération commerciale".

Aux termes de ces conventions, les fournisseurs devaient verser à la centrale d'achat une rémunération en contrepartie de services tels que « *l'amélioration de la logistique par la réduction du temps d'attente* », « *la fonction d'entrepôt par une meilleure absorption des variations d'activité et une plus grande fluidité en amont* »² ou encore « *l'aide à la vente* ».

La jurisprudence a considéré que dans la mesure où il n'y avait pas de « *service spécifique allant au-delà des obligations contractées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs* »³, ni « *d'avantage quelconque* »⁴, et où ces contrats ne correspondaient « *à aucun service distinct mais à des remises* » et se trouvaient « *dépourvu[s] de justification* », ces prestations devaient être considérées comme fictives. La rémunération versée constituait dès lors une obligation sans cause et la centrale d'achat devait être condamnée à rembourser ces sommes.

Il convient de préciser que ces pratiques font aujourd'hui l'objet d'une interdiction spécifique aux termes de l'article L.442-6 du Code de commerce, mais que le fondement reste le même que celui de l'article 1131 du Code civil à savoir « *l'absence de contrepartie réelle ou à tout le moins leur totale opacité* »⁵.

Si le champ d'application de cette disposition est dans le principe limité aux agissements des « *producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers* », il ne peut être

¹ CE, 12 novembre 1948, *Compagnie des Messageries maritimes*, Rec. p. 428 ; CE, 26 septembre 2007, *OPHLM du Gard*, n°259809 ; CE, 15 février 2008, *Commune de la Londe-les-Maures*, n°279045.

² CA Colmar, 1^{ère} civ., 12 juin 2008, *SNC LIDL*, n° RG : 05/05738 et CA

Paris, 5^{ème}, 24 mars 2011, *Carrefour c/. Valensi*, n°RG : 10/02616.

³ Voir CA Colmar, 1^{ère} civ., 12 juin 2008, *SNC LIDL*, n° RG : 05/05738.

⁴ CA Poitiers, 2^{ème} civ., 29 janvier 2013, *SAS SOREDIS*, n°RG : 11/03252

⁵ CA Paris, 5^{ème}, 24 mars 2011, *Carrefour c/. Valensi*, n°RG : 10/02616.

totale­ment exclu que, à l'instar de l'article 1131 du Code civil, le juge administratif s'en inspire.

Au cas d'espèce, le juge pourrait à bon droit considérer que la Contribution Fournisseurs tombe sous le coup de l'interdiction "d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu" (art. L. 442-6-I, 1°).

Reste que la voie contentieuse est longue et coûteuse pour l'ensemble des parties prenantes et que le GIP RESAH-IDF serait bien avisé, pour rationaliser sa gestion des finances publiques, de revoir la nécessité et le fondement d'une telle « Contribution Fournisseurs ».

Author



Marion Roquette-Pfister

Avocat à la Cour
Counsel

Clifford Chance LLP - Paris

T: +33 1 44 05 52 52

E: marion.roquette-pfister@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

Clifford Chance, 1, rue d'Astorg, CS 60058, 75377 Paris Cedex 08, France
© Clifford Chance 2015

Clifford Chance Europe LLP est un cabinet de sollicitors inscrit au barreau de Paris en application de la directive 98/5/CE, et un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC312404, dont l'adresse du siège social est 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.