



ACHAT DE MEDICAMENTS POUR DES RESIDANTS EN MAISON DE REPOS MARCHE PUBLIC

Annexe au courrier du 19 novembre 2012 adressé au Ministre Paul Furlan,
Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville

En pratique, à l'heure actuelle, les CPAS et intercommunales qui gèrent une maison de repos achètent les médicaments pour leurs résidents sur la base d'un mandat et passent à cette fin un marché public selon la réglementation en vigueur.

En 2001, en réponse à une question parlementaire, la Ministre de Tutelle avait affirmé qu'en ce qui concerne l'achat de médicaments par les CPAS pour le compte des résidents, il est indéniable que la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics est applicable aux CPAS¹.

Pourtant, deux récentes décisions du Conseil d'Etat concluent qu'il ne s'agit pas d'un marché public². Recherche faite, la Commission fédérale des marchés publics s'est prononcée sur cette question en 2002³ dans un sens similaire.

Cela étant, l'exclusion de tels achats de la sphère des marchés publics pourrait avoir des conséquences dommageables en termes de gestion de la maison de repos et de ressources des résidents, de sorte que l'adoption d'une politique d'achat transparente s'avèrerait utile.

Nous développons ci-dessous ces différents éléments.

1. Arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens

Aux termes de l'article 19, 1° de cet arrêté⁴, il faut entendre par personne vivant en communauté toute personne hébergée dans une maison de repos et de soins non rattachée à une institution hospitalière desservie par une pharmacie, dans une maison de repos agréée pour personnes âgées, dans un home pour personnes invalides, dans une maison de soins psychiatriques, dans une initiative d'habitation protégée, dans une institution pénitentiaire, dans un centre d'accueil pour demandeur d'asile ou dans un home de placement d'enfants.

Son article 22 permet la délivrance à un mandataire pour autant que les conditions suivantes soient remplies:

- ces patients vivent en communauté;
- les médicaments soumis à prescription, ne sont délivrés que sur prescription pour un patient déterminé;
- une délivrance journalière par le pharmacien;
- la détermination avec le mandataire des modalités de délivrance en cas d'urgence, y compris le soir et le week-end.

¹ Q. n°4 de Mme Ch. Bertouille, 8.11.2001, Q.R., Par l.w., sess. ord. 2001-2002, pp. 51 et 52.

² C.E., n°218.803, 2.4.2012; C.E., n°220.945, 10.10.2012.

³ Com. féd. marchés publics, P.V. n°863, 27.5.2002, pp. 4 et s. ainsi que P.V. n°864, 17.6.2002, pp. 3 et s.

⁴ A.R. 21.1.2009 (M.B. 30.1.2009).

2. Position de la Région wallonne - question parlementaire du 8 novembre 2001

En réponse à une question parlementaire, la Ministre compétente pour la Tutelle sur les CPAS avait notamment répondu qu'en ce qui concerne l'achat de médicaments par les CPAS pour le compte des résidents, il est indéniable que la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est applicable aux CPAS.

3. Avis de la Commission fédérale des marchés publics

Le **27 mai 2002**, la Commission s'est demandé si un pouvoir adjudicateur qui sert d'intermédiaire pour la fourniture de médicaments à des tiers est soumis à la réglementation des marchés publics. La Chancellerie du Premier Ministre avait alors posé la question à la Ministre de la Santé publique qui avait répondu par la négative. L'argumentation fondant la réponse négative est axée sur la compatibilité avec les réglementations régissant les médicaments.

La Commission a alors relevé que cette réponse négative pourrait poser problème par rapport à la réglementation européenne des marchés publics. Lors de la révision des directives européennes, les pays scandinaves avaient souhaité introduire une exemption du champ d'application à la réglementation des marchés publics pour les magasins d'Etat qui achètent et revendent l'alcool (c'est un monopole d'Etat en Scandinavie), demande qui a été refusée au niveau européen.

Le **17 juin 2002**, les membres de la Commission se sont interrogés sur le fait de savoir si, dans le cas d'un mandat donné par des personnes vivant en communauté à un pouvoir adjudicateur, la législation relative aux marchés publics doit être ou non obligatoirement applicable lors de l'achat individualisé de médicaments pour le compte de ces personnes.

La Commission a estimé que la réponse est négative. Dans cette hypothèse, un pouvoir adjudicateur gérant un établissement ne disposant pas d'une officine pharmaceutique, et dans lequel des personnes vivent en communauté, doit distinguer le régime juridique applicable. Si la législation relative aux marchés publics s'applique obligatoirement aux marchés passés pour le compte du pouvoir adjudicateur; elle ne s'applique pas pour les achats individuels effectués dans le cadre d'un mandat donné par des personnes vivant en communauté.

4. Arrêt du Conseil d'Etat n°218.803 du 2 avril 2012

Dans une récente affaire opposant un pharmacien à un CPAS, le Conseil d'Etat a estimé que la requête en annulation d'une décision d'attribution était irrecevable pour les motifs suivants.

Le Conseil d'Etat estime qu' "en dépit de la qualification donnée au contrat litigieux par la partie adverse, ainsi que de la procédure qu'elle a menée pour l'adoption de l'acte attaqué, il ressort nettement des clauses de cette convention qu'il ne s'agit pas d'un marché public.

Il résulte en effet de ce contrat que l'acquisition des médicaments n'est pas opérée par la partie adverse mais l'est directement par les pensionnaires de la maison de repos gérée par le centre public d'action sociale de Saint-Hubert.

La partie adverse n'a conclu cette convention qu'en tant que mandataire des pensionnaires précités, en leur nom et pour leur compte, comme l'y autorise l'article 26bis de l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes⁵. Sur ce point, le fait que cette disposition précise que "tout médicament est délivré en mains propres au malade ou à son mandataire", n'exclut nullement que le mandataire puisse être une personne morale, telle que la partie adverse, dès lors que celle-ci est représentée par des personnes physiques.

⁵ Notons que l'arrêté de 1885 n'est plus d'application et a été abrogé par celui du 21 janvier 2009.

Ce contrat ne lie donc pas le centre public d'action sociale à la pharmacie mais est noué entre cette pharmacie et les pensionnaires de cette maison de repos, lesquels ne constituent pas un pouvoir adjudicateur.

Il ne s'agit donc pas d'une convention passée avec un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en conséquence, elle n'est pas un marché public.

En outre, dès lors que la décision entreprise a été adoptée, dans le cadre d'un mandat au nom et pour le compte des pensionnaires de la maison de repos, elle doit être imputée à ces derniers de telle sorte qu'elle n'émane pas d'une autorité administrative.

L'acte attaqué, qui ne peut être considéré comme celui d'une autorité administrative, n'est dès lors pas susceptible de faire l'objet du présent recours. La requête est en conséquence irrecevable".

5. Arrêt du Conseil d'Etat n°220.945 du 10 octobre 2012

Dans un raisonnement mené en trois temps, le Conseil d'Etat estime

- d'abord qu'à défaut de rapporter la preuve du mandat unissant le pouvoir adjudicateur aux résidants, l'exception d'incompétence soulevée par le CPAS⁶ ne peut être accueillie; le Conseil d'Etat se révèle plus exigeant que lors de l'arrêt du 2 avril 2012 ;
- ensuite à première vue que le contrat en question "*ne constitue pas un marché public de fourniture de médicaments, parce que [le CPAS], qui l'a initié, n'en est pas le bénéficiaire*";
- enfin que, la partie requérante ne rapportant pas la preuve d'un préjudice grave et difficilement réparable⁷, la requête doit être rejetée.

Le Conseil d'Etat déboute la partie requérante tout en mettant les dépens de procédure à charge du CPAS, "*la partie requérante ayant été induite en erreur par [celui-ci] pour ce qui concerne la qualification de marché public, et ce depuis le lancement de la procédure ayant abouti à l'adoption de l'acte attaqué*"!

6. Conséquences économiques et administratives de la non-application des marchés publics

6.1. Indépendamment des problèmes de réglementation et de Tutelle, il convient de s'interroger sur les conséquences économiques et administratives de la non-application des marchés publics pour l'achat des médicaments.

Via les marchés publics, une ristourne importante est obtenue. Toutefois, les maisons de repos privées obtiennent aussi une ristourne sans passer un marché public. Dans le cas d'un CPAS, à notre estime, ne pas demander la ristourne sur les médicaments met le centre en contradiction avec l'esprit de la réglementation sur la tutelle. Si l'on achète des médicaments à un prix net plus élevé que celui qui pourrait être obtenu, il pourrait y avoir un surcoût indirect à charge du centre. Les frais d'aide sociale pour les personnes aidées en maison de repos seront plus élevés puisque le coût des médicaments sera plus conséquent. L'intérêt général sera lésé. Bien entendu, ne pas demander la ristourne est aussi contraire à l'intérêt des résidants qui en sont les bénéficiaires finaux.

6.2. Par ailleurs, la passation d'un marché public est assez fastidieuse. Elle offre toutefois l'"avantage" d'un cadre de référence assez complet et structuré pour les parties.

Il est toutefois possible d'adopter une politique d'achat avec des règles précisées dans un cahier de charges, sans toutefois s'astreindre à l'application stricte de la réglementation des marchés publics.

⁶ Selon lequel il n'est pas autorité administrative dans le cadre de ce contrat et dont les actes ne sont pas soumis à la censure du Conseil d'Etat.

⁷ Les dispositions procédurales propres à la réglementation des marchés publics n'étant pas applicables en l'espèce.

En termes de gestion, on peut concevoir une procédure de désignation du pharmacien avec des modalités plus souples que celles d'un marché public *stricto sensu* et à des conditions comparables.

6.3. Vu l'avis du Conseil d'Etat n°220.945, si un CPAS ou une intercommunale passe malgré tout un marché public, il s'expose au risque d'être condamné aux dépens de procédure.

Conclusion

Vu l'avis de la Commission fédérale des marchés publics, les deux décisions du Conseil d'Etat et l'insécurité juridique qu'elles créent, vu encore la lourdeur administrative de la passation d'un marché public, nous pensons qu'il est dans l'intérêt des CPAS et des intercommunales procédant à l'achat de médicaments au nom et pour le compte de ses résidents de ne pas se considérer comme étant soumis à la réglementation des marchés publics et d'adopter une politique d'achat transparente efficiente.

Pouvez-vous suivre cette analyse?

Dans l'affirmative, une circulaire de clarification adressée aux pouvoirs locaux devrait, à notre estime, pouvoir être proposée.

A tout le moins, il nous semble que, vu l'insécurité juridique créée par les deux arrêts récents du Conseil d'Etat, une clarification et une position commune s'imposent. Aussi, cette question doit-elle être débattue.