

N° 438405

CONSEIL NATIONAL DE
L'ORDRE DES MEDECINS

Ordonnance du 28 février 2020

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 10 et 20 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le Conseil national de l'ordre des médecins demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2019-1529 du 30 décembre 2019 relatif aux marchés passés par les conseils nationaux des ordres des professions de santé, en tant que, d'une part, il fixe l'entrée en vigueur de ses dispositions au 1^{er} janvier 2020 sans prévoir de mesures transitoires permettant aux conseils nationaux des ordres des professions médicales, pharmaceutiques et paramédicales de s'adapter à la nouvelle réglementation et, d'autre part, il ne prévoit ni n'organise les conditions du recours de ces conseils aux centrales d'achats déjà constituées ;

2°) d'enjoindre aux auteurs du décret, d'une part, de modifier l'article 4 du titre 4 du décret relatif aux dispositions finales, afin de repousser l'entrée en vigueur du décret à une date, qui ne peut correspondre à un délai inférieur à six mois à compter du 1^{er} janvier 2020, permettant au Conseil national de l'ordre des médecins de lancer les procédures de passation nécessaires à la conclusion de ses contrats, soit de prendre toute autre mesure provisoire qui serait le mieux à même de préserver la sécurité juridique des contrats du Conseil national de l'ordre des médecins et, d'autre part, de prévoir la possibilité pour les conseils nationaux des ordres concernés d'adhérer à une centrale d'achats dans les conditions prévues par les articles L. 2113-2 à L. 2113-4 du code de la commande publique ;

3°) d'assortir cette injonction d'un délai maximum de quinze jours à compter de l'ordonnance à intervenir et d'une astreinte de 500 euros par jour de retard ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- sa requête est recevable ;
- la condition d'urgence est remplie dès lors que, d'une part, la publication tardive du décret attaqué ne lui a pas permis de mettre un terme aux contrats comportant une clause de reconduction tacite conduisant à leur renouvellement au premier semestre 2020 en respectant les délais de préavis prévus par ces contrats et, d'autre part, il ne dispose pas du temps nécessaire pour préparer et lancer les procédures de passation des nouveaux contrats, pourtant indispensables à son fonctionnement, avant que les contrats en cours n'arrivent à échéance ;
- le moyen tiré de ce que le décret attaqué méconnaît le principe de sécurité juridique, dès lors qu'en l'absence de dispositions transitoires, son application immédiate entraîne des perturbations importantes pour son fonctionnement et l'expose à des risques juridiques excessifs au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, est de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de ce décret ;
- sont également de nature à créer un doute sérieux, dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat retiendrait une interprétation restrictive des dispositions des articles L. 4122-2-1 et R. 4122-4-12 du code de la santé publique comme lui interdisant d'adhérer à des centrales d'achat déjà constituées, les moyens tirés de ce que le décret aurait été pris en application de dispositions contraires, d'une part, aux principes constitutionnels d'égalité et de liberté contractuelle et, d'autre part, aux stipulations combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article premier du premier protocole additionnel à cette convention, qui interdisent les discriminations dans le droit au respect de ses biens ;
- sont également de nature à créer un doute sérieux, dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat retiendrait une interprétation large de ces dispositions, comme ne lui interdisant pas, par elles-mêmes, d'adhérer aux centrales d'achats ouvertes aux acheteurs publics, les moyens tirés de ce que les dispositions de l'article R. 4122-4-12 du code de la santé publique, si elles sont interprétées comme limitant la faculté pour les conseils nationaux des ordres de mutualiser leurs achats à la constitution d'une centrale d'achats ou d'un groupement de commandes entre eux, d'une part, méconnaissent le principe d'égalité et les stipulations combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article premier du premier protocole additionnel à cette convention, d'autre part, sont entachées d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que l'objectif poursuivi par le législateur visait à soumettre les conseils nationaux des ordres aux principes de la commande publique tout en veillant à préserver une souplesse dans l'application de ces règles.

Par un mémoire distinct, enregistré le 14 février 2020, présenté en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, le Conseil national de l'ordre des médecins demande au juge des référés du Conseil d'Etat, sous réserve de son interprétation, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique. Il soutient que ledit article porte atteinte, d'une part, au principe d'égalité devant la loi, tel que garanti par l'article 1^{er} de la Constitution et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et, d'autre part, au principe de la liberté contractuelle tel que garanti par l'article 4 de la même déclaration.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 18 février 2020, le ministre des solidarités et de la santé conclut, en premier lieu, à ce que la question prioritaire de constitutionnalité ne soit pas renvoyée au Conseil constitutionnel et, en second lieu, au rejet de la requête. Il soutient que la condition d'urgence n'est pas remplie et qu'aucun des moyens soulevés n'est propre à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret attaqué.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- le code de la commande publique ;
- le code de la santé publique ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, le Conseil national de l'ordre des médecins et, d'autre part, le Premier ministre et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 24 février 2020 à 14 heures 30 :

- Me Poupot, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du Conseil national de l'ordre des médecins ;

- les représentants du Conseil national de l'ordre des médecins ;

- les représentants du ministre des solidarités et de la santé ;

et à l'issue de laquelle le juge des référés a clos l'instruction ;

Considérant ce qui suit :

1. En vertu du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :
« *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il*

est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

2. Le Conseil national de l'ordre des médecins demande que soit ordonnée, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution du décret du 30 décembre 2019 relatif aux marchés passés par les conseils nationaux des ordres des professions de santé en tant, d'une part, qu'il fixe l'entrée en vigueur de ses dispositions au 1^{er} janvier 2020 sans prévoir de mesures transitoires permettant aux conseils nationaux des ordres des professions médicales, pharmaceutiques et paramédicales de s'adapter à la nouvelle réglementation et, d'autre part, qu'il ne prévoit ni n'organise les conditions du recours de ces conseils aux centrales d'achats déjà constituées.

Sur le cadre juridique du litige :

3. L'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique prévoit que : « *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. / Les conseils nationaux des ordres peuvent constituer entre eux une centrale d'achats ou un groupement de commandes d'achats. / Dans les conditions et sous réserve des adaptations prévues par décret en Conseil d'Etat, 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.* » Le troisième alinéa du I de l'article 14 de l'ordonnance du 27 avril 2017 relative à l'adaptation des dispositions législatives relatives au fonctionnement des ordres des professions de santé, dans sa version issue de la loi du 30 décembre 2017 ayant ratifié cette ordonnance, prévoit que ces dispositions entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

4. Les dispositions des articles R. 4122-4-4 à R. 4122-4-30 du code de la santé publique, créées par le décret attaqué, fixent, pour assurer l'application des dispositions de l'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique, les règles applicables aux marchés passés par les conseils nationaux des ordres des professions médicales. Son article 4 précise que « *Les dispositions du présent décret entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2020. / Elles s'appliquent aux marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication, à compter de cette date.* ».

5. En principe, lorsque de nouvelles normes générales sont édictées par voie de décret, elles ont vocation à s'appliquer immédiatement, sous réserve des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, qui exclut que les nouvelles dispositions s'appliquent à des situations juridiquement constituées avant l'entrée en vigueur de ces dispositions.

6. Il résulte de ce qui précède que si le décret du 30 décembre 2019 s'applique en principe aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2020, il ne s'applique pas aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2020 pour lesquels une consultation ou un avis d'appel à la concurrence a été réalisé avant cette date ni, s'agissant des contrats faisant l'objet d'un renouvellement par tacite reconduction, ceux dont le délai de dénonciation était échu au

1^{er} janvier 2020, ainsi que l'a d'ailleurs confirmé l'administration au cours de l'audience publique.

Sur la condition d'urgence :

7. Il résulte des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative citées au point 1 que l'urgence est de nature à justifier la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. L'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

8. D'une part, si, à l'appui de sa demande de suspension de l'exécution du décret contesté en tant qu'il ne comporte pas de dispositions transitoires et en tant qu'il ne prévoit ni n'organise le recours aux centrales d'achats déjà constituées, le Conseil national de l'ordre des médecins fait valoir que plusieurs contrats, venant à échéance le 3 janvier, le 31 janvier et le 19 février 2020, ont été reconduits à ces dates par l'effet de la clause de tacite reconduction qu'ils comportaient et dont le délai de préavis était échu à la date du 1^{er} janvier 2020, il résulte, en tout état de cause, de ce qui a été dit au point 6, que le décret contesté n'est pas applicable à ces contrats.

9. D'autre part, le Conseil national fait valoir en outre que, pour plusieurs contrats venant à échéance au cours du premier semestre de l'année 2020, il lui sera difficile de se conformer aux dispositions du décret contesté, pour des raisons tenant à la fois à la complexité des nouvelles règles fixées par ce décret ainsi qu'aux difficultés pratiques auxquelles il est confronté pour assurer, dans un délai très contraint, à la fois l'envoi d'un préavis pour faire échec à la clause de tacite reconduction que ces contrats comportent et la mise en place d'une procédure d'appel à candidatures dans des conditions permettant d'éviter toute solution de continuité dans la fourniture des prestations que ces contrats organisent. Il indique que sont ainsi concernés des contrats de maintenance informatique, venant à échéance le 30 avril et le 30 juin 2020, ainsi qu'un contrat de revue de presse, venant à échéance au 31 mai 2020.

10. Le ministre chargé de la santé invoque toutefois l'intérêt public qu'il y a à assurer la transparence des marchés conclus par les conseils nationaux des ordres des professions de santé, ainsi que l'a voulu le législateur pour tirer notamment les conséquences de pratiques défectueuses relevées à plusieurs reprises par la Cour des comptes. Il souligne que la date prévue pour l'application des règles de la commande publique aux conseils nationaux concernés a été fixée au 1^{er} janvier 2019 par l'ordonnance du 27 avril 2017, date que la loi du 30 décembre 2017 a reportée au 1^{er} janvier 2020 afin notamment de tenir compte des difficultés pratiques avancées par les conseils nationaux. Il précise qu'une concertation a eu lieu au cours de l'année 2019 avec les conseils nationaux à l'occasion de laquelle le projet de décret leur a notamment été communiqué. Il rappelle enfin que l'article R. 4122-4-17 du code de la santé publique issu du décret attaqué permet de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables, notamment en cas d'urgence impérieuse.

11. Dans ces conditions, et compte tenu des précisions apportées lors de l'audience publique sur l'objet des contrats en cause et sur la nature exacte des difficultés concrètes

auxquelles le Conseil national affirme être confronté, qui n'apparaissent pas telles qu'elles le mettraient dans l'impossibilité de se conformer aux dispositions issues du décret attaqué sans porter atteinte au bon fonctionnement des missions dont il a la charge, il ne résulte pas de l'instruction que l'exécution du décret en cause porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à la situation du Conseil national et aux intérêts qu'il invoque.

12. Il résulte de ce qui précède que la condition d'urgence ne peut être, en l'espèce, regardée comme établie. Dès lors, et sans qu'il soit besoin de statuer sur l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté, la requête du Conseil national de l'ordre des médecins doit être rejetée, y compris les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

13. La présente ordonnance rejetant les conclusions à fin de suspension pour défaut d'urgence, il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée.

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions des articles L. 4122-2-1 du code de la santé publique.

Article 2 : La requête du Conseil national de l'ordre des médecins est rejetée.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au Conseil national de l'ordre des médecins et au ministre des solidarités et de la santé.

Copie en sera adressée au Premier ministre.