



**ENSP**

ÉCOLE NATIONALE DE  
LA SANTÉ PUBLIQUE

**RENNES**

---

**Directeur d'Hôpital**

**Promotion 2004**

---

## **Le Partenariat Public-Privé à l'hôpital de Laval.**

**L'exemple d'un bail emphytéotique dans le  
cadre de l'ordonnance du 4 septembre 2003**

---

**Anne-Claire AMPROU**

---

## Remerciements

---

*J'adresse mes sincères remerciements à Philippe MARIN, Directeur du Centre Hospitalier de Laval, pour sa disponibilité tout au long du stage hospitalier. Je remercie plus généralement l'ensemble de l'équipe de direction pour son accueil qui a contribué à ma pleine intégration dans l'établissement.*

*Je tiens à remercier en particulier Jean LULLIEN, Directeur adjoint et maître de stage, pour son accompagnement au quotidien durant ces premiers mois de contact avec le terrain hospitalier.*

*Je souhaite également témoigner de ma reconnaissance à Vincent LE TAILLANDIER, Directeur de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH), et Pierre SAVIN, chargé de mission à la MAINH, qui ont bien voulu répondre à mes questions au cours d'une mission effectuée à la MAINH parallèlement au stage hospitalier. J'étais chargée d'élaborer un guide de réglementation et de recommandations relatives à la construction et au fonctionnement technique des établissements de santé.*

*Que Jean-François TAILLARD, enseignant à l'Ecole Nationale de la Santé Publique, soit également remercié pour avoir accepté de diriger ce travail, mais aussi pour son aide méthodologique.*

---

# Sommaire

---

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
---------------------------	----------

## **PREMIERE PARTIE : UN PROJET IMMOBILIER COMPLEXE QUI A SU INTEGRER LES NOUVELLES OPPORTUNITES DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE**

<b>1. Des choix architecturaux et juridiques qui répondent aux règles de la domanialité publique et de la délégation de maîtrise d'ouvrage .....</b>	<b>7</b>
1.1 LE CHOIX ARCHITECTURAL POUR UN PROJET IMMOBILIER COMPLEXE .....	7
1.1.1.Les besoins et les contraintes déterminant le choix.....	8
1.1.2.Le choix d'une délocalisation privilégié.....	10
1.2. LE CHOIX DU RECOURS AU BAIL EMPHYTEOTIQUE .....	14
1.2.1.Une situation financière ne permettant pas l'autofinancement et le recours à l'emprunt .....	14
1.2.2.L'hôpital a une tradition de partenariat public-privé .....	18
<b>2. Les nouvelles opportunités offertes par l'ordonnance du 4 septembre 2003.....</b>	<b>23</b>
2.1. UN CONTEXTE FAVORABLE AU DEVELOPPEMENT DU PPP.....	23
2.1.1.L'exemple britannique : la Private Finance Initiative .....	23
2.1.2.L'exemple français du Ministère de l'Intérieur et du Ministère de la Justice.....	25
2.1.3.Le Plan « Hôpital 2007 » : « Réussir la relance de l'investissement ».....	30
2.2. LE BEAH : UNE OPPORTUNITE SAISIE PAR L'HOPITAL DE LAVAL.....	32
2.2.1.Les limites des assouplissements fournis par le BEA de 1988 aux règles de la domanialité publique.....	33
2.2.2.Le BEAH issu de l'ordonnance du 4 septembre 2003.....	34
2.2.3.Le BEAH, un outil juridique avantageux .....	39
2.2.4.L'accompagnement du centre hospitalier dans son choix de recourir au BEAH.....	43

## **DEUXIEME PARTIE : LES CONDITIONS DE REUSSITE ET LES PERSPECTIVES DU BEAH**

<b>1. La sécurisation juridique du montage contractuel.....</b>	<b>45</b>
1.1. LA REMISE EN CAUSE DU PROJET INITIAL PAR LA SPECIFICITE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DU NOUVEAU BEAH .....	45
1.1.1.Le mode de passation de l'ancien BEA échappait partiellement aux formalités de mise en concurrence .....	46
1.1.2.Les risque de contentieux encourus par le centre hospitalier de Laval.....	47

1.2. LA NOUVELLE PROCEDURE DE MISE EN CONCURRENCE : LE DIALOGUE COMPETITIF ..	49
1.2.1.L'introduction du dialogue compétitif par Paris et Bruxelles .....	49
1.2.2.L'empririsme lavallois .....	51
<b>2. L'importance stratégique de la phase d'élaboration du contrat.....</b>	<b>54</b>
2.1. LES CONDITIONS PREALABLES NECESSAIRES MAIS NON REUNIES PAR LE CENTRE HOSPITALIER DE LAVAL .....	54
2.1.1.La définition du programme nécessaire à la bonne conduite du dialogue.....	54
2.1.2.L'évaluation préalable au choix du BEAH .....	55
2.1.3.Prévoir un management participatif des projets et des compétences par le recours aux missions d'assistance.....	58
2.2. LES NEGOCIATIONS DU CONTENU DU BEAH.....	61
2.2.1.L'allocation optimale des risques .....	61
2.2.2.La détermination du loyer et de la durée du bail .....	63
2.2.3.Le volet opérationnel de la convention non détachable : les modalités de maintenance et l'entretien .....	65
2.3. LA DEFINITION DES MODALITES DE SUIVI DU CONTRAT DES LA NEGOCIATION DU BEAH .....	66
2.3.1.La mesure et la sanction de la performance du prestataire .....	66
2.3.2.Les aménagements nécessaires au contrat .....	68
<b>3. Quelques incertitudes sur l'avenir du BEAH et du PPP.....</b>	<b>70</b>
3.1. LES QUESTIONS EN SUSPENS .....	70
3.1.1.Les incertitudes financières et budgétaires .....	70
3.1.2.Les incertitudes des montages par voie de baux emphytéotiques au regard du droit communautaire.....	74
3.1.3.Une remise en cause de l'équilibre des missions entre les différents acteurs de la construction publique .....	76
3.2. LA MISE EN PLACE NECESSAIRE D'UNE EVALUATION EX POST.....	77
3.2.1.Une évaluation du « retour sur investissement » .....	77
3.2.2.Un premier bilan du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 » .....	79
3.3. LES PERSPECTIVES DE COHABITATION AVEC L'ORDONNANCE SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT .....	80
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>85</b>
<b>ANNEXES.....</b>	<b>p.I</b>

---

## Liste des sigles utilisés

---

**AOT** : Autorisation d'Occupation Temporaire  
**APP** : Assistance à la Personne Publique  
**ARH** : Agence Régionale de l'Hospitalisation  
**BEA** : Bail Emphytéotique Administratif  
**BEAH** : Bail Emphytéotique Administratif Hospitalier  
**BOAMP** : Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics  
**CMP** : Code des Marchés Publics  
**COM** : Contrat d'Objectifs et de Moyens  
**CPI** : Contrat de Promotion Immobilière  
**CSP** : Code de la Santé Publique  
**DHOS** : Direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins  
**EPS** : Etablissement Public de Santé  
**FIMHO** : Fonds d'Investissement et de Modernisation des Hôpitaux  
**JOUE** : Journal Officiel de l'Union Européenne  
**MAINH** : Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier  
**METP** : Marché d'Entreprise de Travaux Publics  
**MOP** : Maîtrise d'Ouvrage Publique  
**NHS** : National Health Service  
**ORPI** : Objectif Régional Prévisionnel d'Investissement  
**PFI** : Private Finance Initiative  
**POS** : Plan d'Occupation des Sols  
**PPRI** : Plan Pluriannuel Régional d'Investissement  
**PTD** : Programme Technique Détaillé  
**SA HLM** : Société Anonyme d'HLM  
**SCI** : Société Civile Immobilière  
**SEML** : Société d'Economie Mixte Locale

« *Donnez-moi un point d'appui,  
et je soulève le monde* »

ARCHIMEDE

## INTRODUCTION

Ce mémoire est l'aboutissement d'une réflexion menée sur deux terrains d'étude différents, correspondant à deux lieux de stage. En effet, le stage hospitalier s'est réparti entre Laval, au centre hospitalier, et Paris, à la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH). Cette complémentarité entre l'analyse du cas pratique de Laval et de la politique nationale d'investissement hospitalier m'a permis de développer cette réflexion.

### **Le plan « Hôpital 2007 » et le développement du partenariat public-privé**

Pour mener à bien les investissements dont le service public de santé a besoin pour se moderniser, les hôpitaux rencontrent essentiellement deux difficultés : le manque de temps et le manque d'argent. C'est à ces deux problèmes que le Plan « Hôpital 2007 » tente de répondre.

Annoncé à la fin de l'année 2002, le Plan « Hôpital 2007 » prévoit de mobiliser de très importants moyens pour mettre à niveau le patrimoine hospitalier français qui accuse un certain retard en matière d'investissement. Le plan est ambitieux : il prévoit six milliards d'euros sur cinq ans. L'objectif du plan est de refinancer en priorité les actions visant à une reconstruction, une recomposition ou une réorganisation. A la différence d'autres opérations en cours, le projet d'investissement concernant la reconstruction d'une maison de retraite, établissement annexe de l'hôpital de Laval, ne bénéficie pas des financements du Plan « Hôpital 2007 ». Il utilise, cependant, les nouvelles procédures juridiques issues de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, *portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissement ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation*<sup>1</sup>. Ce texte accompagnant le plan « Hôpital 2007 » instaure une forme de partenariat public-privé avec notamment le bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH) mis en œuvre à Laval.

---

<sup>1</sup> JO du 6 septembre 2003, p. 15391

Le partenariat public-privé consiste à créer des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises visant à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'importantes infrastructures ou la fourniture d'un service qui relève de la responsabilité de l'Etat. La formule de ces contrats est originaire du droit anglo-saxon. Mais l'inspiration libérale des PPP ne les empêche pas, si on l'en croit une étude récente de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris<sup>2</sup>, de s' « être développés partout en Europe ». En effet, les gouvernements sont confrontés à une équation difficile à résoudre : maîtriser les déficits publics tout en relançant la croissance et en maintenant les engagements pris en matière d'investissement (hôpitaux, prisons, défense...). C'est pourquoi les partenariats public-privé (PPP) sont apparus dans de nombreux pays comme une solution aux difficultés budgétaires des Etats. Devant la montée en puissance de ce type de montage contractuel, la Commission européenne s'interroge sur l'intérêt de compléter les diverses directives régissant les marchés publics pour notamment favoriser les créations de PPP<sup>3</sup>.

Claude Martinand, Président de l'Institut de Gestion Déléguée, rappelait, lors de la conférence annuelle de Les Echos sur le partenariat public-privé<sup>4</sup>, que l'IDG avait dès 2002 souligné le paradoxe que constituait la situation de la France qui dispose de l'expérience la plus variée, la plus ancienne et la plus pertinente en matière de PPP. En effet, dès le XVIème siècle, le Roi confiait à des entrepreneurs privés le financement, la construction et l'exploitation de canaux pour lesquels il n'y avait de financement public disponible. Mais aujourd'hui la France semble prendre du retard sur ses voisins britanniques, italiens, espagnols ou néerlandais, engagés plus fortement dans la mise en œuvre de « *contrats novateurs et performants, alliant la recherche de la qualité du service public et la capacité d'innovation et du financement du secteur privé* ». Le Royaume-Uni a acquis une forte expérience depuis le lancement en 1992 de la *Private Finance Initiative* (PFI), devenue en 1998 le *Public Private Partnership* (PPP).

Toutefois, trois lois récentes visent à redévelopper le PPP en France, notamment pour la construction et la gestion de bâtiments dans le domaine de la justice (loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002<sup>5</sup>), de la sécurité intérieure (loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002<sup>6</sup>) et de façon générale pour le financement et la réalisation de bâtiments publics

---

<sup>2</sup> CCIP, « Les entreprises face à la modernisation de la commande publique », Andrée HALLAUER, rapporteur spécial.

<sup>3</sup> Doc. COM (2004), 327 final, 30 avr.2004, Livre Vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions : JCP A 2004, act.254

<sup>4</sup> Conférence annuelle Les Echos -18 mai 2004 « PPP : un levier performant pour les financements de tous les projets publics ? »

<sup>5</sup> Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

<sup>6</sup> Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure

avec la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit<sup>7</sup>. Elle indique dans son article 6 que le gouvernement est autorisé à créer par ordonnance « *de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions* ». En adoptant cette loi, le législateur a clairement manifesté sa volonté d'introduire dans le droit français ces nouveaux types de contrats afin de permettre à l'Etat et aux collectivités publiques de faire appel à de nouvelles sources de financement de leurs infrastructures publiques. C'est sur cette base qu'a été publiée l'ordonnance du 4 septembre 2003 qui contient, dans son Titre IV intitulé « *Domaine et conditions d'investissement immobilier des établissements publics de santé* », les dispositions instaurant le bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH) mis en œuvre par le centre hospitalier de Laval pour la construction d'une maison de retraite. Ce dispositif a été complété et précisé par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

### **Le bail emphytéotique : un « contrat exotique<sup>8</sup> »**

La notion de contrats ou de financements « exotiques » se rapporte à des formules juridiques empruntées au droit privé ou à la jurisprudence permettant de faire financer un investissement public par une personne privée. Ces contrats sont doublement « frappés d'exotisme », au plan juridique d'une part et au plan financier de l'autre.

La véritable innovation de l'ordonnance de 4 septembre 2003 est d'élargir l'application du bail emphytéotique administratif aux hôpitaux. Cette méthode permet le transfert du foncier sur lequel un opérateur privé peut apporter un financement et réaliser des opérations à la place de l'établissement. En contrepartie, l'établissement locataire assure le loyer dans le cadre d'un contrat prédéfini pour une longue durée comprise entre 18 et 99 ans. Le bail peut aussi permettre un transfert de la gestion de fonctions logistiques au-delà de la délégation à la construction et au financement. Une autre innovation de l'ordonnance « Mattei » porte sur la possibilité de faire appel à d'autres opérateurs que les professionnels privés : les sociétés d'économie mixte (SEM), les sociétés d'HLM et éventuellement les collectivités territoriales.

L'originalité du BEAH réside dans le fait qu'il investit le preneur, par dérogation aux règles de la domanialité publique, d'un droit réel immobilier (hypothèque) sur des

---

<sup>7</sup> Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 portant simplification du droit

<sup>8</sup> F. LINDITCH, « Les PPP devant le Conseil Constitutionnel », in Contrats et marchés publics, octobre 2003

dépendances domaniales. A l'issue du contrat, les biens concernés sont restitués à l'hôpital public, qui devient propriétaire des constructions et des aménagements réalisés par le preneur sur l'immeuble loué.

Ce BEAH se présente en quelque sorte comme le « frère jumeau » du bail emphytéotique administratif (BEA) prévu en faveur des collectivités territoriales ainsi que de leurs établissements publics et de leurs groupements par la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation. En particulier, le BEAH ne peut être conclu que pour l'exercice d'une mission de service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général. Cependant, conformément aux prescriptions de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, l'ordonnance « Mattei » fixe une procédure de passation respectueuse des règles de publicité et de mise en concurrence pour le choix de l'emphytéote. Le législateur de 1988 s'en était dispensé lorsqu'il a institué le bail emphytéotique administratif (BEA) et, au demeurant, le Conseil d'Etat avait considéré que ces baux ne relevaient pas du code des marchés publics<sup>9</sup>. Dans le cas des contrats PPP visés à l'article 6 de la loi d'habilitation, et en particulier pour le BEAH, la prudence imposait de suivre une procédure de publicité et de mise en concurrence afin d'échapper aux critiques d'origine constitutionnelle et communautaire. Tenant compte à la fois de ces contraintes juridiques et des exigences de souplesse et de célérité affichées par le législateur, les auteurs de l'ordonnance ont fait le choix d'une procédure spécifique, assimilable au dialogue compétitif.

### **Le bail emphytéotique et l'hôpital de Laval: une longue histoire**

Le centre hospitalier compte cinq établissements annexes dont trois maisons de retraite pour un total de 401 lits: Saint-Julien (140 lits), Jeanne Jugan (192 lits) et Les Charmilles (69 lits). C'est pour l'une d'entre elles que le projet d'un bail emphytéotique a été retenu, celle de Saint-Julien.

La maison de retraite Saint-Julien actuelle, située en plein centre-ville en bordure de la Mayenne et face au vieux Château, occupe les locaux de l'ancien hôpital Saint-Julien qui avaient été construits en 1867 sur l'emplacement de l'ancienne Maison Dieu Saint-Julien. A l'époque, Saint-Julien comptait 304 lits, mais sa capacité était insuffisante, ne correspondant pas aux besoins d'un chef-lieu de département. Le 13 juin 1970, la première pierre du nouvel hôpital était posée sur les terrains d'un ancien hospice, l'hospice Saint-Louis. Les travaux furent terminés en 1973 et le déménagement des services de l'hôpital dans le nouveau bloc eut lieu en février 1974. Seul restait à Saint-Julien le service de prématurés. Par délibération du Conseil d'Administration du 21 février

---

<sup>9</sup> CE 25 février 1994, *Sofap-Marignan Immobilier*. Rec. Leb. P.94

et 23 octobre 1973, il fut décidé de moderniser l'hôpital de Saint-Julien pour en faire une maison de retraite moderne. Les travaux commencèrent en 1976 et les pensionnaires arrivèrent en décembre 1978.

Aujourd'hui ces bâtiments ne répondent plus aux besoins de qualité, de confort et de sécurité des résidents. De même, ils ne sont pas fonctionnels pour le personnel. Il a donc été envisagé un projet architectural de grande ampleur visant à reconstruire cette maison de retraite pour 2007. Mais compte tenu de l'ancienneté de ce bâtiment et de sa situation géographique, de nombreuses contraintes s'imposent à ce projet.

Pour financer ce projet immobilier, le centre hospitalier de Laval a choisi de recourir au financement privé à l'aide d'un bail emphytéotique administratif. Cet outil juridique n'est pas une nouveauté si on l'en croit Maurice PION, ancien Directeur du centre hospitalier de Laval, puisque dans l'histoire de la maison de retraite de Saint-Julien on retrouve un acte authentique de 1207 mentionnant l'existence de la Maison de Dieu de Saint-Julien<sup>10</sup>. Il s'agit d'un bail emphytéotique passé au nom des malades et des pauvres entre le chapitre des frères et soeurs de Saint-Julien du Pont de Laval et un certain Paulivard. Peut-être l'engouement pour les baux emphytéotiques datent-ils de cette époque. En tout état de cause, ce type de montage se retrouve pour l'ensemble des structures des maisons de retraite. Pour le projet de reconstruction de Saint-Julien, l'hôpital de Laval n'a finalement pas fait dans l'originalité, il a poursuivi sa politique immobilière du XIII<sup>ème</sup> siècle !

Pourtant, les dispositions juridiques ont évolué dans l'histoire, surtout ces dernières années. A l'origine du projet, en 2002-2003, l'hôpital a choisi de recourir au bail emphytéotique pour diverses raisons. La technique utilisée est celle du bail emphytéotique administratif (BEA) issu de la loi de 1988, non soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence. La publication de l'ordonnance du 4 septembre 2003, avec l'instauration du bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH), va donc remettre en cause ce projet initial de BEA. La décision de conserver le montage juridique du bail emphytéotique pour ce projet va conduire l'hôpital à prendre des risques et à adapter le projet en cours aux nouvelles dispositions juridiques françaises, mais également européennes notamment avec la directive européenne du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dite directive «classique»<sup>11</sup>. A ce titre l'accompagnement de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH) a été primordial pour éviter l'échec du projet.

---

<sup>10</sup> *Notes historiques sur les établissements hospitaliers à Laval*. Maurice PION, 1985

<sup>11</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des

## **Problématique et perspective du mémoire**

Ce projet pose trois types de questionnement : technique, financier et juridique.

1. D'un point de vue technique, le rappel historique sur les bâtiments de la maison de retraite de Saint-Julien et de sa situation en centre ville de Laval en bordure de la Mayenne amène à s'interroger sur les modalités d'intégration de ces données dans le projet architectural. Mais surtout il convient de voir jusqu'à quel point ces contraintes ont pu être déterminantes dans ce choix.
2. Sur le plan financier, le point majeur concerne l'examen de la section d'investissement de l'hôpital au regard des autres projets d'investissements que l'établissement pourrait avoir. L'établissement avait-il la capacité de financer ce projet sans recourir au partenariat public-privé ? Si la réponse est négative alors le financement privé était une réelle opportunité pour l'hôpital.
3. La question principale dans ce mémoire est juridique. Le recours au bail emphytéotique a connu plusieurs épisodes qui ont mis le projet en difficulté. C'est l'occasion d'examiner ce qui différencie le nouveau BEAH de l'ancien BEA, notamment en termes de règles de publicité et de mise en concurrence. L'anticipation de Laval sur les outils juridiques issus du plan « Hôpital 2007 » a été une source d'ambiguïté car il a devancé les guides de la MAINH relatifs à la procédure du bail emphytéotique pour la conduite de l'opération. Cette démarche empirique du centre hospitalier de Laval nous permet d'étudier le contenu d'un bail emphytéotique et les précautions à prendre avant de recourir à un tel contrat. En effet, même si ce dernier présente des avantages certains pour un hôpital, il convient d'être prudent quant au choix d'un tel montage juridique pour des investissements hospitaliers. Les difficultés rencontrées à Laval permettent de mettre en évidence des incertitudes qui demeurent sur ce type de montage.

Répondre à l'ensemble de ces questions conduit, dans un premier temps, à voir comment le centre hospitalier de Laval a su tirer partie des nouvelles opportunités juridiques des montages PPP pour mener à bien ce projet immobilier complexe (première partie). Dans un second temps, il conviendra d'analyser de manière approfondie les conditions de réussite et les perspectives d'utilisation du bail emphytéotique (deuxième partie).

## **PREMIERE PARTIE :**

# **UN PROJET IMMOBILIER COMPLEXE QUI A SU INTEGRER LES NOUVELLES OPPORTUNITES DU PARTANARIAT PUBLIC-PRIVE**

Le projet de reconstruction de la maison de retraite de Saint-Julien est un projet immobilier complexe car le choix architectural doit prendre en compte les nombreuses contraintes qui s'imposent au bâtiment et qui ont conduit à envisager plusieurs scénarii de travaux. La complexité se retrouve surtout au niveau du montage juridique de l'opération soumise aux règles de la domanialité (1).

Mais ces règles, et notamment celles du bail emphytéotique auquel le centre hospitalier de Laval a choisi de recourir pour diverses raisons, ont évolué au cours du projet. La publication de l'ordonnance du 4 septembre 2003 qui instaure un nouveau partenariat public-privé dans le secteur hospitalier contraint l'hôpital à adapter le projet aux dispositions juridiques, françaises mais également européennes, encadrant le nouveau bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH). Dans ce cadre, l'accompagnement de l'Agence Régionale de l'Hospitalisation (ARH) et de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH) a été déterminant (2).

## **1. Des choix architecturaux et juridiques qui répondent aux règles de la domanialité publique et de la délégation de maîtrise d'ouvrage**

Bien que les choix architecturaux et juridiques pour la reconstruction de la maison de retraite de Saint-Julien eut été concomitants, le choix architectural sera présenté préalablement au choix du bail emphytéotique.

### **1.1. LE CHOIX ARCHITECTURAL POUR UN PROJET IMMOBILIER COMPLEXE**

Comme le préconise le guide de la MAINH sur la mise en œuvre du bail emphytéotique<sup>12</sup>, la détermination du projet immobilier nécessite des études préparatoires et la détermination d'un programme. Ces études préparatoires<sup>13</sup> donnent les objectifs généraux de l'opération avec ses contraintes.

---

<sup>12</sup> Guide BE – Partie 1 – Etudes préparatoires et contenu du programme - MAINH – 01. 2004

<sup>13</sup> La pré-étude de faisabilité (juin 2000), les études préalables et de faisabilité (octobre 2001), le pré-programme (février 2002), le programme technique détaillé (septembre 2003).

### 1.1.1. Les besoins et les contraintes déterminant le choix

Le choix architectural doit répondre à une analyse des besoins faite à partir de l'observation de la vie quotidienne de l'établissement, de données sociales, de questionnaires auprès des résidents et du personnel, d'entretien avec des membres du personnel. L'objectif principal de cette opération est de conserver les 140 lits actuels. A partir de cet objectif, l'hôpital a défini ses besoins.

Dans un premier temps, le profil dominant de la population résidente est constitué de personnes âgées, puisque la majorité des personnes a plus de 85 ans. Il convient également de prendre en compte la dépendance et la désorientation des patients : le GMP (GIR moyen pondéré) de la maison de retraite de Saint-Julien est de 531, alors que dans certaines maisons de retraite hospitalières, il est de l'ordre de 600<sup>14</sup>. La population résidente de Saint-Julien est donc aujourd'hui moins dépendante que celle d'autres établissements. Cette différence dans le degré de dépendance entre la maison de retraite de Saint-Julien et les autres établissements ira en s'accroissant au cours des prochaines années, notamment en raison de la politique de maintien à domicile (HAD<sup>15</sup>) menée par le gouvernement et appliquée à Laval. Cette évolution aura des conséquences pour la vie quotidienne de la maison de retraite que le projet architectural doit prendre en compte.

Dans un second temps, une réflexion sur un projet de vie, qui a été engagée depuis septembre 2000, repose sur un axe essentiel : la sectorisation qui « *consiste à découper un établissement en secteurs géographiques d'appartenance, tant pour les résidents que pour les soignants, de telle façon qu'une équipe d'agents puisse s'occuper d'un nombre limité de résidents* »<sup>16</sup>. La maison de retraite est aujourd'hui organisée en six secteurs, mais les contraintes architecturales conduisent à l'existence actuelle de secteurs de taille très différente, de 15 à 31 lits. Le nouveau projet de vie repose sur l'hypothèse de créer 8 secteurs ou unités de 18 à 22 lits. Chaque secteur devra comprendre le logement et les espaces communs permettant la mise en œuvre des quatre fonctions : toilette et soins, repas, vie sociale et citoyenneté, animation.

Enfin, l'étude des usages et des pratiques des différents espaces vise à définir des lignes directrices dans les nouveaux bâtiments, que ce soit en termes de qualité à conserver ou retrouver, ou en termes de dysfonctionnement auxquels il faut remédier. En ce qui concerne les espaces extérieurs, un des atouts de la maison de retraite de Saint-Julien est sa situation dans le centre ville de Laval ; cette localisation est très agréable pour les familles et les visiteurs mais elle pose des problèmes en termes de

---

<sup>14</sup> les GIR 1, 2, 3 (qui concernent les personnes les plus dépendantes) représentent 35 à 40% des résidents

<sup>15</sup> HAD : hospitalisation à domicile

<sup>16</sup> Projet de vie, janvier 2002, p.8

stationnement. Le grand parc situé au nord-ouest des bâtiments constitue un autre atout de l'équipement. La chapelle du fin XIX<sup>ème</sup> siècle située au sud-est de l'établissement est aujourd'hui aménagée pour recevoir des expositions<sup>17</sup>.

Par ailleurs, l'analyse préalable du site à la définition du projet permet de mettre en évidence les contraintes qui doivent être prises en compte<sup>18</sup> : les contraintes réglementaires urbaines, les contraintes d'accessibilité.

Conformément au code l'urbanisme, les contraintes du plan d'occupation des sols (POS) s'impose au projet architectural. La maison de retraite de Saint-Julien est définie en zone Uba du plan d'occupation des sols de la ville de Laval, c'est-à-dire la « *zone péri-centrale à vocation principale d'habitat, qui correspond à l'extension des premiers noyaux d'urbanisation. Elle comprend une forte proportion de constructions en ordre continu le long des voies* ». Cette qualification entraîne un certain nombre de contraintes que doit prendre en compte le projet architectural, notamment en ce qui concerne l'emprise au sol de l'ensemble des constructions, la hauteur relative des constructions sur voie, les façades, les toitures...

De plus, la zone d'implantation de la maison de retraite est soumise à plusieurs autres servitudes :

- Des bâtiments implantés sont situés en zone d'exposition aux nuisances sonores, ceci implique que tout projet respecte les dispositions de l'arrêté ministériel du 6 octobre 1978, relatif à l'isolement acoustique des bâtiments contre les bruits de l'espace extérieur<sup>19</sup> ;
- Le parc et les espaces verts sont définis comme des « *espaces boisés classés* ». A ce titre, ils sont protégés et doivent être conservés, aucune construction n'est autorisée sur cette limite ;
- La maison de retraite est située dans le périmètre des 500 mètres d'un monument historique classé ou inscrit. Il n'existe pas de cahier des charges applicable a priori à toute construction ou transformation de l'existant. Par contre, tout projet de construction ou de modification de l'existant devra être soumis préalablement à l'architecte des Bâtiments de France ;
- Les bâtiments de la maison de retraite sont en zone inondable.

Les contraintes d'accessibilité concernent l'accès à la maison de retraite pour les piétons et les livraisons, la circulation pour les véhicules de sécurité (pompiers,

---

<sup>17</sup> voir plans en annexes I

<sup>18</sup> Guide d'accès à la réglementation et aux recommandations relatives à la construction et au fonctionnement technique des établissements de santé. A.-C. AMPROU, MAINH, 2004, *en cours de publication*

<sup>19</sup> idem

ambulance), les véhicules de livraison (cuisine, linge) et les voitures particulières. Enfin, les règles du POS en matière de stationnement sont applicables.

A partir de cette analyse, plusieurs scénarii ont été présentés, et c'est celui de la délocalisation qui a été retenu

### **1.1.2. Le choix d'une délocalisation privilégié**

Avant de retenir le projet de la délocalisation de la maison de retraite, le centre hospitalier a envisagé plusieurs scénarii développés à partir de critères préétablis.

#### *1.1.2.1. Les critères déterminants dans le choix du centre hospitalier*

Afin d'émettre un avis définitif sur le scénario à retenir pour le programme technique détaillé, le centre hospitalier a fait intervenir plusieurs critères qui doivent être pris en compte par le maître d'ouvrage :

1. **Le temps de réalisation du chantier** sera très variable suivant que l'on intervient en site occupé ou en site libéré. Si le choix est fait par le maître d'ouvrage de maintenir l'établissement en fonctionnement pendant la durée des travaux, les interventions sur l'existant devront être réalisées en plusieurs tranches successives. Cette mise en place de chantiers successifs prend du temps et augmente les risques de retard des travaux.
2. **Le phasage** qu'implique la réalisation des travaux en site occupé engendrera des nuisances importantes pour les résidents (bruit, poussières, fonctionnement modifié, repères perturbés...) et des contraintes renforcées pour le personnel.
3. **Les possibilités de relogement** qui sont offertes au centre hospitalier seront un argument prépondérant dans la décision : à la fois pour les résidents de la maison de retraite, mais aussi pour le service de pédopsychiatrie.
4. **Le fonctionnement et l'organisation spatiale préférables pour l'établissement**, notamment en termes de nombre de lits, de nombre de secteurs, de localisation des services, de relation avec les espaces extérieurs.
5. **Les différents coûts estimés**, qui devront être modulés si un phasage est nécessaire lors des interventions sur l'existant. En effet, il faudra alors intégrer un coût supplémentaire dû au temps prolongé des travaux et à la gêne qu'ils occasionnent.

### 1.1.2.2. Les divers scénarii envisageables

Pour procéder au choix architectural, il a été demandé à un programmiste<sup>20</sup> d'établir divers scénarii en fonction des données précédemment citées. Ce dernier en a donné quatre.

#### **Scénario 1 : la réhabilitation de l'existant**

Ce scénario développe le principe d'une réhabilitation de l'établissement dans les limites des bâtiments existants, sans construction supplémentaire ni extension, conformément aux contraintes réglementaires du POS qui interdisent toute construction nouvelle autour de la maison de retraite. Le bâtiment étant situé dans le périmètre de protection de Monument Historique, les façades ne pourront être modifiées que sous certaines conditions. Pour répondre à un fonctionnement par unités de vie, améliorer le confort des chambres, respecter l'accessibilité des handicapés et adapter les locaux à la dépendance psychique, il est nécessaire de réduire le nombre de lits : ce scénario propose de loger 104 lits dans 7 unités de vie.

Ce scénario présente plusieurs avantages. Il permet de conserver l'enveloppe du bâtiment ancien et de valoriser la propriété immobilière de l'hôpital. De plus, le coût d'intervention est inférieur aux autres scénarii proposés: les coûts de l'opération s'élèvent à 7.076.481 euros TTC, avec un ratio au lit de 49.142 euros.

A contrario, plusieurs inconvénients sont à mentionner. Il oblige à diminuer le nombre de lits de 140 à 104. Il présente également la difficulté de phaser les interventions : les travaux sont à réaliser en site partiellement occupé, ce qui implique de délocaliser une grande partie des résidents pendant les travaux. Par ailleurs, ce scénario n'offre pas de réponse optimale aux problèmes de fonctionnement constatés aujourd'hui et ne prévoit pas de création de liaison privilégiée avec le parc.

#### **Scénario 2 : l'extension des bâtiments existants**

Ce scénario propose l'extension de la maison de retraite vers le nord-est. Cette hypothèse n'est envisageable que si une partie de la zone boisée classée qui entoure l'établissement est déclassée afin de la rendre constructible. Cette décision relève d'un choix municipal et entraîne une modification du POS de Laval<sup>21</sup>. L'extension devra respecter les règles du POS, notamment en termes de gabarit de bâtiment (prolonger le

---

<sup>20</sup> Cabinet CERUR, Rennes

<sup>21</sup> Guide d'accès à la réglementation et aux recommandations relatives à la construction et au fonctionnement technique des établissements de santé, A.-C. AMPROU, MAINH, *en cours de publication*

gabarit de l'existant), pente de toit, matériaux<sup>22</sup>. Cette extension comprendra trois nouvelles unités, ce qui permet de maintenir le nombre de lits à 140.

Toutefois, ce projet dont le montant s'élève à 10.102.195 euros TTC, avec un ratio au lit de 70.154 euros, présente plusieurs difficultés. Il sera difficile de maintenir l'activité de la cuisine pendant la construction de l'extension et de phaser les interventions. Il entraîne également l'augmentation des longueurs des circulations horizontales et l'accentuation de l'éclatement des bâtiments. Par ailleurs, la délocalisation d'une partie des résidents pendant les travaux sera nécessaire. Enfin, ce scénario prévoit une construction en zone inondable et aura pour conséquence un manque de places de stationnement.

### **Scénario 3 : la délocalisation de la maison de retraite**

La troisième proposition consiste à délocaliser totalement la maison de retraite, sachant que de nombreuses contraintes à la fois techniques, urbaines, architecturales, sécuritaires mais aussi de fonctionnement compliquent considérablement la réhabilitation des bâtiments de Saint-Julien. L'idée est de construire une structure neuve de 7000 m<sup>2</sup> sur les terrains de la pédopsychiatrie. Elle permettrait de récupérer les locaux de Saint-Julien soit pour une autre affectation en lien avec l'hôpital soit pour une revente des biens immobiliers en vue d'une reconversion du bâtiment en logements ou hôtels, par exemple.

Ce scénario dont le montant s'élève à 10.132.826 euros TTC, avec un ratio au lit de 70.367 euros, présente l'intérêt de maintenir les résidents dans le quartier et à proximité du centre ville, ce qui permet de ne pas modifier les populations accueillies, ni leurs habitudes de vie. De plus, cette construction n'entraîne pas de problème de stationnement. D'autre part, la parcelle accueillant aujourd'hui la pédopsychiatrie n'est pas située en zone inondable contrairement à celle contenant Saint-Julien. Après la destruction des bâtiments accueillant le service de pédopsychiatrie, la parcelle déjà viabilisée est prête à construire. Cette opération ne présente pas de problème de phasage, le transfert d'un établissement à l'autre se fera après la fin des travaux.

Cependant, il convient de mentionner que le projet nécessite au préalable la délocalisation de la pédopsychiatrie. De plus la revente de Saint-Julien sera sans doute difficile. C'est en effet un bien soumis à des contraintes importantes (zone inondable, peu de stationnement possible).

### **Scénario 4 : une alternative**

Ce scénario développe les principes suivants:

---

<sup>22</sup> idem

1. la vente des bâtiments de deux ailes existants situés dans le périmètre de protection de Monument Historique,
2. la réhabilitation des bâtiments d'une aile qui resteraient propriété du centre hospitalier,
3. une extension de ces derniers pour maintenir la capacité d'accueil de la maison de retraite à 140 lits.

Cette hypothèse n'est envisageable que si une partie de la zone boisée classée qui entoure l'établissement est déclassée afin de la rendre constructible. De plus des contraintes liées à la sécurité incendie nécessitent de disposer les nouvelles constructions à une distance minimale des bâtiments existants (8m) et de laisser un accès pompier à une façade de chaque bâtiment<sup>23</sup>. La nouvelle construction permettra d'envisager des ouvertures sur le parc afin de favoriser son accès aux résidents. Ce scénario propose des opérations au coût d'intervention moyen de 9.606.537 euros TTC, avec un ratio au lit de 70.636 euros.

Entre ces quatre scénarii, c'est le troisième prévoyant une délocalisation qui a été choisi.

#### *1.1.2.3. Les conséquences du choix de la délocalisation*

Conformément à l'article L. 714-4 du code de la santé publique modifié par l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 et au projet d'établissement approuvé par l'Agence Régionale de l'Hospitalisation de Pays de la Loire en décembre 2002, le Conseil d'Administration du centre hospitalier a retenu, par une délibération du 16 décembre 2002, le scénario 3 prévoyant la construction d'une structure neuve sur le site actuel de la pédopsychiatrie, avec une capacité de 140 lits.

Ce choix implique le relogement du service de pédopsychiatrie dans d'autres locaux. La même délibération du Conseil d'Administration du 16 décembre 2002 mandate le directeur du centre hospitalier pour préparer la réorganisation de la pédopsychiatrie.

Ce choix entraîne également l'établissement à reconsidérer l'utilisation d'une partie de son patrimoine immobilier, à savoir la maison de retraite actuelle. Dès lors, il se trouve confronté à différentes possibilités de dynamisation de cet actif immobilier. La réflexion à mener est de savoir si le produit de la cession constituera un élément essentiel du plan de financement du nouveau projet. Dans l'affirmative, un deuxième degré de

---

<sup>23</sup>Guide d'accès à la réglementation et aux recommandations relatives à la construction et au fonctionnement technique des établissements de santé, A.-C. AMPROU, MAINH, *en cours de publication*

réflexion doit être menée sur l'échéance du besoin : à court terme ou à moyen terme. En effet, en fonction de la réponse, la valorisation patrimoniale sera différente. Le facteur temps est le critère fondamental d'une dynamisation de valorisation : une vente dans l'année qui suit la prise de décision de cession entraîne un prix bas ; une vente après valorisation, via un projet d'urbanisme par exemple, aboutit à une transaction supérieure estimable à 30% environ, mais avec une durée de deux à trois ans minimum. Mais comme l'établissement choisit de recourir au partenariat public-privé pour la construction de la nouvelle maison de retraite, il ne sera pas dans cette hypothèse. Par contre, le produit sera un élément d'un plan de financement pour d'autres opérations d'investissement. Au-delà de cet aspect économique, le regard juridique d'un projet est déterminant. La connaissance du patrimoine, de ses potentialités et du marché local sera déterminante. Actuellement, le centre hospitalier de Laval s'oriente vers la vente du bâtiment actuel. Contenu de la situation au bord de la Mayenne et aux caractéristiques historiques du bâtiment, les acheteurs potentiels seraient des groupes hôteliers.

Parallèlement au projet architectural, la question du financement s'est posée.

## 1.2. LE CHOIX DU RECOURS AU BAIL EMPHYTEOTIQUE

Pour financer l'opération, l'hôpital de Laval rencontrait des difficultés car l'autofinancement et l'emprunt étaient difficilement envisageables pour diverses raisons. Dès lors, le financement privé s'est avéré opportun.

### **1.2.1. Une situation financière ne permettant pas l'autofinancement et le recours à l'emprunt**

Le plan global de financement (PGF) sur 2003-2008 montre des ressources financières insuffisantes pour financer la reconstruction de la maison de retraite. L'hôpital de Laval a en effet d'autres projets d'investissement importants.

#### *1.2.1.1. Un Contrat d'Objectifs et de Moyens riche en projets d'investissement*

Dans le cadre de la réalisation du Contrat d'Objectifs et de Moyens (COM), plusieurs grosses opérations d'investissement sont prévues sur la période 2003-2008.

## Principales opérations programmées

	<b>Période</b>	<b>Montant en euros</b>
<b>USISEA</b>	2004	1.114.000
<b>Hémodialyse</b>	2004	2.636.000
<b>Néonatalogie</b>	2004-2005	965.000
<b>Pédo-psychiatrie</b>	2004-2005	3.105.000
<b>Bâtiment sud</b>	2004-2008	24.609.944
<b>Réanimation</b>	2005	982.000
<b>Médecine interne</b>	2004-2008	815.000
<b>Informatique : nouveau SIH</b>	2004-2010	7.000.000

Deux opérations retiennent notre attention, par leur montant et par le montage juridique choisi : le bâtiment sud et la pédo-psychiatrie

- **La construction d'un nouveau bâtiment selon la procédure classique de la loi MOP**

Le centre hospitalier de Laval a adopté un nouveau projet d'établissement approuvé par l'ARH le 6 Décembre 2002. Ce projet inclut une opération d'extension du monobloc intitulé « Le Bâtiment Sud ». Cette opération est inscrite au Contrat d'Objectifs et de Moyens 2003-2008. Le coût s'élève à 24.609.944 euros TTC; l'achèvement de la construction neuve est prévue pour novembre 2007. Les secteurs concernés par l'opération « Bâtiment Sud » sont les suivants : le bloc opératoire, les consultations externes de médecine, chirurgie et spécialités, l'hôpital de jour médico-chirurgical, l'hémodialyse, la rééducation fonctionnelle.

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP », dispose dans son article 2 que le maître d'ouvrage est le « *responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* ». La personne publique maître d'ouvrage, le centre hospitalier de Laval pour la construction du Bâtiment Sud, doit alors assurer directement certaines fonctions qui nécessitent une bonne connaissance des projets. « *Il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux* » (art.2, al.2). La loi prévoit cependant que le maître d'ouvrage peut confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe

financière prévisionnelle à une personne publique ou privée (art.2, dernier al.). Suivant ces dispositions, le centre hospitalier a souhaité se faire assister d'ICADE-G3A<sup>24</sup> pour l'élaboration de l'étude de faisabilité puis du programme de l'opération « Bâtiment Sud ».

- **La réorganisation de la pédopsychiatrie avec le recours au contrat de conception-réalisation de l'ordonnance 4 septembre 2003**

Pour répondre au renforcement des moyens de la pédopsychiatrie préconisé par le SROS sur le département de la Mayenne, il a été décidé de regrouper deux secteurs de psychiatrie infanto-juvénile dans une structure juridique unique. Par délibération du 16 décembre 2002, le centre hospitalier a décidé de réorganiser la pédopsychiatrie et de construire une unité de pédopsychiatrie sur un terrain actuellement occupé par des constructions vétustes à démolir sur le site de l'hôpital. Il a été confié une mission de programmation au groupe ICADE-G3A pour étudier la faisabilité de la construction d'un bâtiment situé dans le périmètre immédiat de l'hôpital et d'en évaluer le coût. L'enveloppe prévisionnelle pour l'opération (conception et travaux) est fixée à 3.105.000 euros TTC.

Le centre hospitalier a choisi un marché ayant pour objet de confier une mission portant sur la conception, la construction et l'aménagement du bâtiment destiné à accueillir les services de psychiatrie juvéno-infantile (hôpital de jour et deux centres de consultations). La consultation est lancée dans le cadre de la procédure propre aux marchés de conception-réalisation, conformément aux dispositions des articles 37 et 70 du code des marchés publics (C.M.P) et de l'article L.6148-7 de l'ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003<sup>25</sup>. Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, un établissement public de santé peut confier, sous certaines conditions<sup>26</sup>, à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

La formule présente deux avantages forts. Le premier concerne la gestion qui est plus simple. Il n'y a qu'une seule compétition à organiser et le maître d'ouvrage n'a plus qu'un seul marché à gérer, tout ceci avec un gain de temps moyen d'environ un tiers sur

---

<sup>24</sup> Le groupe ICADE, nouveau nom de la SCIC et filiale de la Caisse des Dépôts, est un opérateur immobilier organisé autour de deux types de métiers : les services et la gestion de foncière.

<sup>25</sup> joint en annexe II.I

<sup>26</sup> Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, JO du 3 juillet 2003, p.11205 et suivantes

la phase études-appels d'offre comparé à une formule classique<sup>27</sup>. En ce qui concerne le centre hospitalier de Laval, deux avis d'appel public à la concurrence sont parus au JOUE du 1<sup>er</sup> novembre 2003 et au BOAMP du 29 octobre 2003. Sur les neuf candidatures parvenues, trois ont été admises à présenter une offre lors de la commission du 4 décembre 2003, au regard de leur expérience dans le domaine de la psychiatrie et de la composition du groupement (entreprise/architecte/bureau d'études). Au terme de l'audition des candidats par la commission d'appel d'offres le 19 février 2004, la commission a procédé à l'attribution du marché le 26 février 2004 et les travaux ont commencé en mai 2004. Le deuxième avantage concerne la maîtrise du coût de l'équipement à réaliser. Ce qui est acheté avant la mise au point du contrat définitif est très proche du prix définitif. Toutefois, la formule présente également des limites. D'une part, ces contrats globaux sont des contrats complexes. L'intégration de la maintenance, notamment, est complexe du fait de la difficulté à la définir et à la prévoir. D'autre part, ce type de contrat risque de limiter la concurrence aux grands groupes de construction, seuls capables de proposer ce type de prestations.

#### 1.2.1.2. Des ressources d'investissement insuffisantes

Le plan global de financement pluriannuel du centre hospitalier de Laval<sup>28</sup> montre des ressources internes insuffisantes pour financer l'ensemble des projets du COM. L'établissement doit donc recourir à l'emprunt, comme le montre le tableau ci-dessous.

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
<b>Total des opérations d'investissement</b>	8.239.756	10.602.511	14.771.924	14.459.018	5.155.333	2.615.959	2.615.959
<b>Total du capital</b>	2.010.986	2.139.193	2.518.640	3.178.357	3.653.056	3.607.462	3.727.109
<b>Total à financer</b>	10.250.742	12.741.702	17.290.564	17.637.375	8.808.389	6.223.421	6.343.068
<b>Total des amortissements</b>	4.562.898	4.905.054	5.356.064	5.897.662	6.622.109	6.568.800	6.310.700
<b>Excédent disponible affecté à l'investissement</b>	2.500.314	- 3.075	- 18.294	- 35.266	- 81.578	- 140.614	- 162.885
<b>Emprunts</b>	3.150.000	6.700.000	11.900.000	11.400.000	2.000.000		
<b>Total des recettes</b>	10.216.907	12.601.979	17.237.770	17.262.305	8.540.531	6.428.185	6.147.913
<b>Surcoûts nets d'exploitation (amortissements et frais financiers)</b>	360.254	734.568	679.488	1.153.491	785.928		

<sup>27</sup> A titre indicatif, Icade estimait le gain de temps à 24 mois entre une procédure traditionnelle et une procédure de type PPP pour la construction d'un hôpital neuf de 50 000 m<sup>2</sup> sur un terrain vierge de toute contrainte et d'accès aisé

<sup>28</sup> Plan global de financement des investissements 2003-2007, voir annexe V.II

Le recours à l'emprunt n'est pas sans conséquence sur la situation budgétaire de l'établissement. En effet, les emprunts entraînent des surcoûts d'exploitation en groupe 4 (amortissements et frais financiers) : 3.713.731 euros pour la période 2003-2007. Recourir à l'emprunt pour financer la reconstruction de la maison de retraite aurait augmenté ces coûts. Le choix du bail emphytéotique administratif avec un financement privé s'est donc révélé approprié.

## **1.2.2. L'hôpital a une tradition de partenariat public-privé**

L'hôpital de Laval a une longue tradition de recours au bail, notamment pour les foyers logement et les maisons de retraite dépendant du centre hospitalier.

### *1.2.2.1. Le recours au bail emphytéotique – article L 451-1 du code rural – pour la construction d'un foyer logement pour personnes âgées*

Le centre hospitalier a d'abord eu recours au bail emphytéotique du code rural pour le domaine privé de l'hôpital. Il ne s'agit pas du bail emphytéotique administratif mais de l'emphytéose régie par la loi du 25 juin 1902<sup>29</sup>. Par ce contrat, le propriétaire (le bailleur) donne des biens immeubles à bail au preneur, moyennant un loyer très faible, pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Ce bail confère au preneur un droit réel hypothécable, cessible et saisissable sur le terrain et les constructions existantes. A l'issue du bail, le bailleur retrouve la pleine propriété du terrain et des améliorations (constructions) réalisées par le preneur. Mais l'objet du bail emphytéotique ne doit pas obligatoirement être la réalisation d'un bâtiment, contrairement au bail à construction. Ce contrat est ouvert aux collectivités publiques uniquement sur leur domaine privé car le domaine public ne saurait être grevé d'un droit saisissable et cessible. L'utilisation de ce type de contrat par les établissements publics de santé est assez fréquente, le plus souvent dans le but de faire construire sur le domaine privé (la dotation non affectée), par des sociétés HLM, des logements pour le personnel hospitalier.

En ce qui concerne le centre hospitalier de Laval, il a été donné à bail emphytéotique à compter du 15 décembre 1983 pour une durée de cinquante-cinq ans qui viendra à expiration le 15 décembre 2038 à la Société Anonyme d'HLM de Laval, un terrain nu sur lequel la SA d'HLM est autorisée à construire un foyer-logement pour personnes âgées, dont elle conservera la propriété pendant la durée du bail, les constructions ne devenant

---

<sup>29</sup> Art. L 451-1 et suivants du code rural

la propriété du centre hospitalier qu'à la cession du bail emphytéotique. La SA d'HLM assure la location dudit immeuble aux conditions stipulées dans une convention de location signée entre le centre hospitalier et la société anonyme. Par ailleurs, une convention conclue entre l'Etat, l'organisme propriétaire et l'organisme gestionnaire conditionne, pendant sa durée, l'ouverture du droit à l'aide personnalisée au logement<sup>30</sup>.

#### *1.2.2.2. Le recours au bail à construction pour la construction d'un autre foyer-logement*

Issu de la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964, le bail à construction est la version urbaine et moderne du bail emphytéotique du code rural. Mais le bail à construction implique, lui, l'obligation pour le preneur de mettre en valeur un terrain en réalisant une construction. L'article L 252-1 du code de la construction et de l'habitation énonce que « *constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail* » et qu'il est conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Le bailleur devient propriétaire en fin de bail des constructions existantes et surtout des constructions édifiées, et profite des améliorations (article L 251-2). Ainsi, par ce biais, une collectivité publique peut consentir un bail à construction sur une dépendance de son domaine privé au profit d'une personne qui mobilisera des capitaux privés et réalisera un ouvrage immobilier qui, au terme du bail, lui reviendra en pleine propriété.

Dans ce cadre, le centre hospitalier a donné à bail à construction pour une durée de cinquante cinq années commençant le 1<sup>er</sup> juillet 1988 pour se terminer le 30 juin 2043 à la ville de Laval un terrain sur lequel la ville de Laval s'est engagée à construire un foyer de 51 lits pour personnes âgées handicapées, les constructions ne devenant la propriété du centre hospitalier qu'à l'expiration dudit bail. Ce bail à construction a été complété par une convention de location de logement – foyer pour personnes âgées handicapées entre la ville de Laval, propriétaire, et le centre hospitalier.

---

<sup>30</sup> En application de l'article L.353-13 du code de la construction et de l'habitation portant sur les logements-foyers visés par l'article L.351-2 pour personnes âgées

### 1.2.2.3. *Le choix du financement privé pour la construction de la maison de retraite de Saint-Julien grâce au recours au bail emphytéotique administratif*

Contenu des investissements importants prévus sur la période 2003-2008 par le COM et de la tradition du recours au bail, le centre hospitalier a opté pour le recours au bail emphytéotique administratif (BEA) pour la construction de la maison de retraite de Saint-Julien, comme il l'avait déjà fait pour une autre maison de retraite, Les Charmilles, en 1999. Suivant la même procédure que celle choisie en 1999, le Conseil d'Administration de l'hôpital a autorisé, par une délibération du 4 avril 2003, le Directeur du centre hospitalier, à préparer le bail emphytéotique par lequel le preneur (la SACOLA, Société Anonyme de Constructions Immobilières de la ville de Laval) s'engage à édifier la maison de retraite de Saint-Julien sur le terrain dont le droit d'usage lui est cédé temporairement par le bailleur (le CH Laval), à la conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail qui pourrait être de 25 à 35 ans ; cette construction devenant propriété du centre hospitalier à l'expiration du bail.

En effet, la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 portant amélioration de la décentralisation autorise les collectivités locales, leurs établissements et leurs groupements, à conclure, sur leur domaine public ou privé avec une personne privée un bail emphytéotique conférant au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque, cessible et saisissable. La loi se réfère explicitement au bail emphytéotique du code rural, d'où il ressort qu'un tel bail ne peut être conclu que pour plus de 18 ans sans toutefois dépasser 99 ans. Cependant, le BEA se différencie du bail emphytéotique du code rural en ceci qu'il peut être conclu sur le domaine public des collectivités territoriales. En outre, il peut, contrairement au bail emphytéotique du code rural, « *imposer au preneur des obligations tenant à l'utilisation du bien mis à sa disposition* »<sup>31</sup>, c'est-à-dire, par exemple, imposer une obligation de construire. Cette dernière particularité fait du BEA une sorte d'équivalent du bail à construction sur le domaine public.

Contrairement au bail emphytéotique du code rural et au bail à construction, le BEA impose le financement d'un ouvrage affecté au service public ou à l'intérêt général. Un tel bail ne peut être conclu « *qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général* »<sup>32</sup>. Dans le premier cas (le BEA-mission de service public), le bail est assorti d'une convention d'exploitation non détachable et l'objet de cet ensemble contractuel est l'édification ou la réhabilitation

---

<sup>31</sup> CE 25 février 1994, *Sofap-Marignan Immobilier*. Rec. Leb. P.94

<sup>32</sup> Loi du 5 janvier 1988, art.13-2

d'un ouvrage affecté au service public suivie (obligatoirement) de l'exploitation de cet ouvrage, laquelle constitue la mission de service public déléguée. Dans le second cas (le BEA-opération d'intérêt général), il s'agit d'une «*opération purement immobilière*»<sup>33</sup>, tendant à la construction, à la réhabilitation ou à l'extension d'un ouvrage d'intérêt général qui est ensuite loué par l'emphytéote (propriétaire du bien pendant la durée du bail) à la collectivité bailleuse. Des prestations d'entretien peuvent également être fournies dans ce cadre. En revanche, aucune mission de service public n'est déléguée au cocontractant. Un tel bail est assorti d'une convention de location ou de mise à disposition par laquelle le preneur (la personne privée) s'engage à louer l'ouvrage qu'il a édifié au bailleur (la collectivité territoriale).

Ce fut le cas pour la maison de retraite Les Charmilles construite en 1999. L'objectif était donc de procéder au même montage juridique pour la nouvelle maison de retraite de Saint-Julien. Dès lors, par la délibération du 4 avril 2003, le Conseil d'Administration a également autorisé le Directeur à préparer la convention, associée au bail emphytéotique, de location de cette nouvelle maison de retraite entre le centre hospitalier de Laval et la SACOLA à compter de la date de la mise en exploitation des bâtiments et pour la durée correspondant à celle du bail emphytéotique.

Le BEA déroge partiellement au régime de la domanialité publique. Selon Marie-Thérèse Sûr, avocate à la Cour de Paris, «*le BEA a été institué afin de faciliter le financement privé d'équipements publics, en faisant échec à la jurisprudence du Conseil d'Etat*<sup>34</sup> *interdisant, conformément au principe d'inaliénabilité du domaine public, de constituer des droits réels sur le domaine public et même sur (...) une parcelle du domaine privée d'une collectivité territoriale qui, du fait de son affectation à un service public et de son aménagement futur à cet effet, devient une dépendance du domaine public*»<sup>35</sup>. Le bail emphytéotique administratif, en conférant des droits réels à l'occupant du domaine public, constitue une dérogation à la règle d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public des collectivités territoriales selon laquelle les biens relevant du domaine public ne peuvent être vendus, ni grevés de droits réels au profit d'une personne privée, et ne peuvent être loués dans les conditions du droit privé. L'intérêt pour un centre hospitalier de pouvoir conférer un droit réel immobilier hypothécable est de pouvoir attirer les financements privés. En effet, les futurs occupants du domaine public bénéficient d'une certaine sécurité juridique vis-à-vis de l'établissement public de santé. En outre le

---

<sup>33</sup> M.T.Sûr, in *Droit des Services publics locaux*, le bail emphytéotique administratif. Publication du Moniteur, 1993

<sup>34</sup> CE 6 mai 1985. *Association Eurolat et Crédit Foncier de France*. Leb. P.141

<sup>35</sup> M.T.Sûr, in *Droit des Services publics locaux*, le bail emphytéotique administratif. 1993

fait que le droit soit hypothécable permet au cocontractant d'obtenir plus facilement des emprunts auprès des établissements bancaires.

Enfin le BEA permet aux collectivités territoriales et à leurs établissements d'échapper aux règles de la maîtrise d'ouvrage publique. La loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique interdit à une collectivité publique de se démettre de son rôle de maître de l'ouvrage, lorsqu'elle fait édifier un ouvrage pour son compte. Or dans le cadre d'un BEA, la collectivité ne devient pas propriétaire de l'ouvrage dès la fin des travaux, donc la collectivité « *ne peut être regardée comme la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit au sens de la loi de 1985 sur la maîtrise d'ouvrage*<sup>36</sup> ». En conséquence, l'obligation faite à la collectivité d'assurer la maîtrise d'ouvrage ne s'impose pas dans le cadre d'un BEA. Il est donc possible à un établissement public de santé de faire financer et entretenir un ouvrage public en laissant la responsabilité de la maîtrise d'ouvrage au preneur.

En conclusion, on peut dire que le BEA concilie les intérêts du centre hospitalier de Laval et de la personne privée, la SACOLA. Premièrement, le BEA a l'avantage d'être un contrat créé par le législateur spécialement pour permettre aux collectivités locales de faire financer des investissements par des personnes privées. La légalité d'un tel bail, si l'établissement se conforme aux prescriptions de la loi, précisées par la jurisprudence, ne peut être mise en doute. Deuxièmement, le BEA donne des garanties au preneur, sans impliquer un démembrement du domaine public ni du service public. Le BEA ne donne des garanties à l'occupant du domaine public (doits réels) seulement pour réaliser une opération d'intérêt général ou pour accueillir une mission de service public. En outre, le preneur ne peut céder ses droits sur l'emprise foncière et sur l'ouvrage édifié à un tiers qu'avec l'agrément de l'établissement et si le tiers s'engage à poursuivre l'activité objet du bail. Il en est de même pour la mise en œuvre de la garantie hypothécaire. Ainsi, est préservée la continuité du service public. De plus, l'établissement garde un pouvoir de résiliation unilatérale, y compris pour un motif d'intérêt général, ce qui lui réserve la possibilité de transformer le droit réel du preneur en droit à indemnisation. Enfin, l'utilisation du BEA pourrait présenter des intérêts économiques pour le centre hospitalier.

Pourtant, on constate que ce type de montage juridique a été peu utilisé par les hôpitaux. L'ordonnance du 4 septembre 2003 va relancer le PPP dans le secteur hospitalier.

---

<sup>36</sup> CE *Sofap-Marignan Immobilier*, précité

## **2. Les nouvelles opportunités offertes par l'ordonnance du 4 septembre 2003**

La publication de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 va engendrer de profondes évolutions dans le projet juridique retenu par le centre hospitalier. En effet le nouveau bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH) est sensiblement différent du BEA de la loi de 1988 qu'avait retenu le centre hospitalier à l'origine. Ce dernier a donc eu à intégrer les nouvelles opportunités du PPP.

### **2.1. UN CONTEXTE FAVORABLE AU DEVELOPPEMENT DU PPP**

Le PPP, contrairement à ce qu'on pourrait croire de prime abord, n'est pas une pratique récente. Elle a été utilisée en France à partir du XVIème siècle pour des chantiers tels que le canal du midi, les grands boulevards, la place Vendôme. Mais la relance et le développement de ce type de procédure viennent de Grande-Bretagne à partir des années 1990.

#### **2.1.1. L'exemple britannique : la PFI – Private Finance Initiative**

Les Private Finance Initiative –PFI- visent à instaurer des partenariats techniques et financiers de longue durée et conduisent à confier, dans le cadre d'un contrat global unique, à un prestataire privé unique, toutes les prestations portant sur la conception, la réalisation, l'exploitation, la maintenance et le financement d'un ou plusieurs services d'intérêt public à l'exception des services attachés à la fonction principale comme le soin pour les hôpitaux. Cette politique a été impulsée en 1992 par le gouvernement de John Major. Face à la privatisation menée sous les mandats de Margaret Thatcher, les PFI constituent un compromis intéressant : elles permettent de financer la construction de bâtiments publics, la dépense publique étant étalée sur plusieurs décennies sous forme de paiements mensuels pour la fourniture des services.

Les PFI sont une formule réellement novatrice et diffèrent grandement des procédures habituelles sur plusieurs points:

- 1. les relations contractuelles entre parties :** la collectivité n'a pas de lien direct avec l'équipe de conception et d'ingénierie ; celle-ci travaillera pour le partenaire privé attributaire du contrat et non pour le client ou l'utilisateur final.

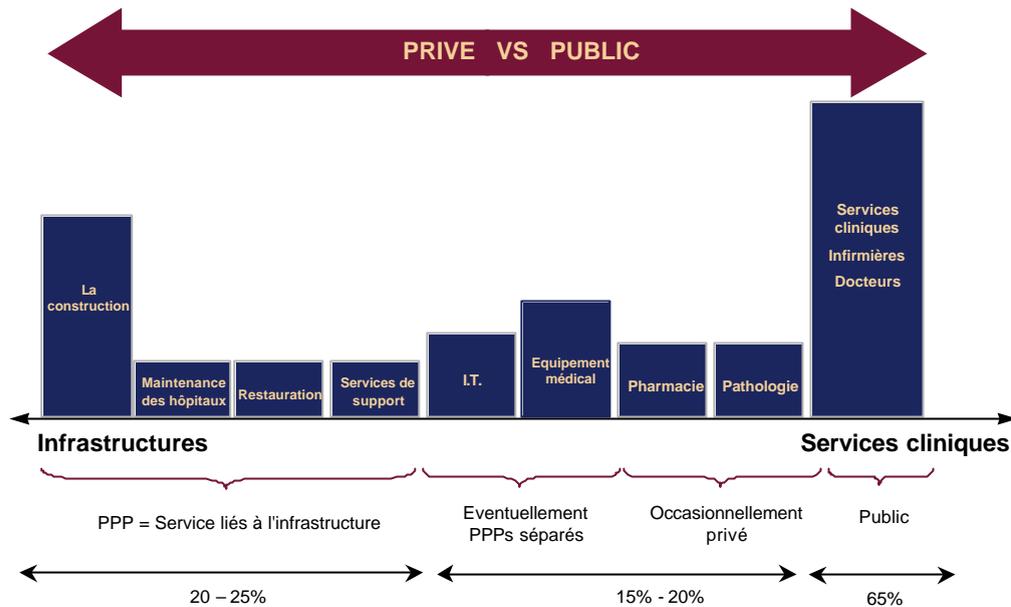
2. **Le contenu du contrat** : le cahier des charges traduira les objectifs non en termes descriptifs et quantitatifs mais en termes de performances à atteindre qu'il faudra savoir mesurer. Le service public n'achète plus un objet mais un service. La mise à disposition d'un bien d'équipement et la fourniture de services associés pendant une longue période se fait en échange du paiement d'un loyer.
3. **Le rapport entre les parties** : la philosophie du contrat ne doit plus traduire un rapport client-fournisseur mais un rapport gagnant/gagnant ; Il faut identifier la nature des responsabilités à déléguer et des risques à partager. L'enjeu n'est pas de transférer tous les risques au secteur privé mais de décider d'un partage éclairé au secteur le plus approprié pour les assumer au meilleur coût pour la collectivité.
4. **Un formalisme procédural de mise en concurrence assoupli**: la doctrine britannique considère que les projets menés selon la procédure de PFI échappent aux prescriptions du droit communautaire relatif aux marchés publics, c'est-à-dire que la sélection du candidat se fait par négociation et non par appel d'offres.

A l'heure actuelle, la PFI paraît solidement établie en Grande-Bretagne. L'éventail des opérations effectuées s'est élargi. Dans le secteur de la santé, un vaste programme d'amélioration du système de santé publique a été lancé en juillet 2000, le *National Health Service Plan*, sur la base de mesures étalées sur 10 ans et représentant un budget de près de 70 milliards d'euros. Le NHS Plan prévoit la création de 114 nouveaux hôpitaux entre 2000 et 2010, dont 104 réalisés en PFI, et 10 selon les procédures de financement public traditionnelles. L'agence gouvernementale *NHS Estates* a été créée pour aider les divers organismes de santé publique dépendant du NHS. Nous pouvons illustrer ces contrats de PFI avec un exemple précis: le projet hospitalier du Walsgrave Hospital<sup>37</sup>. Dans ce projet, le NHS Trust de la région de Coventry a signé en 2002 un contrat de PFI sur une durée de 40 ans pour la construction, la maintenance et la gestion de services non cliniques d'un nouvel hôpital de plus de 1000 lits et d'un centre clinique de formation et de recherche avec un consortium privé. Le NHS Trust versera périodiquement au consortium un paiement dépendant de la disponibilité des installations et de la qualité des services fournis qui permettra le remboursement du financement, la rémunération des prestataires de services et des actionnaires.

---

<sup>37</sup> « La genèse de la législation sur les contrats de partenariats public-privé », Paul LIGNIERES, in *Droit administratif*, novembre 2003, p.39

Exemple : répartition des coûts annuels pour le NHS Trust dans un PPP hospitalier britannique<sup>38</sup>



Au total depuis 1997, 64 projets hospitaliers représentant un investissement total de 13,3 milliards d'euros ont été lancés en procédures PFI<sup>39</sup>. On constate, d'une part, de substantielles économies budgétaires et, d'autre part, l'apparition d'une nouvelle industrie mêlant finances et industrie de la construction et des travaux publics. Cette nouvelle technique de contractualisation a permis une redéfinition en profondeur des modalités d'investissement et de l'intervention des collectivités publiques. Cette politique s'est avérée bénéfique puisqu'au niveau global on a pu constater un rattrapage du retard en équipements d'infrastructures. Au niveau des projets, on observe un transfert des risques effectif, des projets livrés dans les délais et dans le budget, des réalisations de qualité, une garantie de préservation du patrimoine, une garantie de maintien de la qualité des services.

Ces bons résultats ont inspiré les pouvoirs publics en France.

### 2.1.2. L'exemple français du Ministère de l'Intérieur et du Ministère de la Justice

En France, deux exemples vont définitivement ouvrir la voie au PPP : l'hôtel de police de Strasbourg et les lois d'orientation et de programmation de 2002 sur la sécurité intérieure et la justice.

<sup>38</sup> Document de travail, MAINH

<sup>39</sup> *Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne*. Rapport d'enquête, Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques (MIQCP), novembre 2003

### 2.1.2.1. L'expérience de l'hôtel de police de Strasbourg

Le Ministère de l'Intérieur a fourni l'un des premiers exemples français de partenariat public-privé avec la mise en place d'un contrat de location et de maintenance pour l'hôtel de police de Strasbourg. Cette construction s'inscrivait dans un cadre politique précis. D'une part, il s'agissait de mettre en œuvre la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité du 21 janvier 1995 qui prévoyait un programme d'investissement important. D'autre part, il fallait respecter les critères de Maastricht, le traité imposant des contraintes budgétaires qui limitaient la création d'endettement.

Ce projet concernait la construction d'un nouvel hôtel de police à Strasbourg. L'opération évaluée à 24 millions d'euros HT comprenait la construction de 15.500 m<sup>2</sup>. Le montage juridique de l'opération prévoyait qu'une Société Civile Immobilière<sup>40</sup> construise l'hôtel de police sur le terrain de l'Etat en ayant recours à une autorisation d'occupation temporaire (AOT) et qu'ensuite elle loue l'immeuble au Ministère de l'Intérieur par une convention d'occupation.

La lettre de consultation 11 février 1997 était donc basée sur deux contrats indépendants :

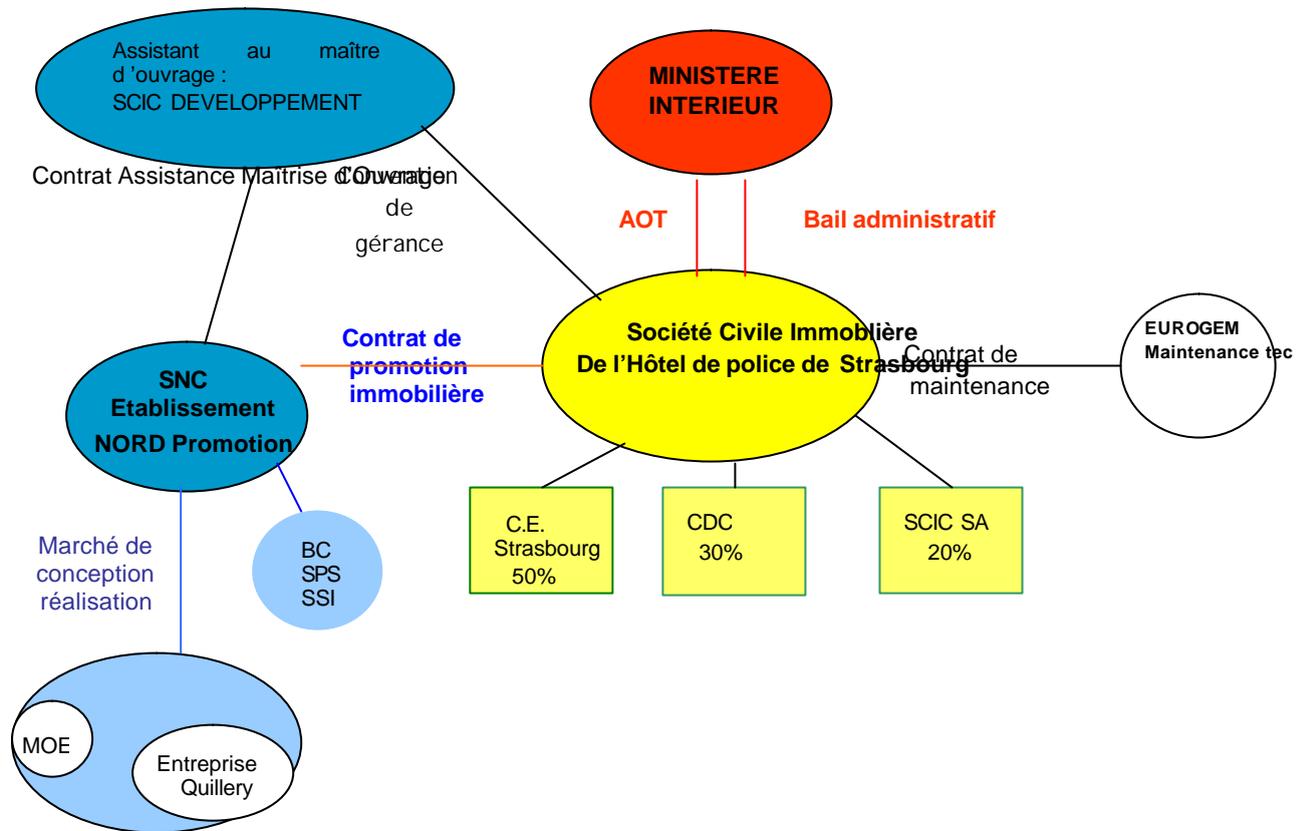
- Une autorisation d'occupation temporaire (AOT)<sup>41</sup> d'une durée de 25 ans (dont 20 mois de travaux) et prévoyant des droits réels limités au projet de construction de l'hôtel de police : une SCI (actionnaires SCIC DEVELOPPEMENT/CD/CCE Alsace) construit l'hôtel de police de Strasbourg (CPI entre la SCI et la SNS Nord Promotion) sur le terrain de l'Etat (AOT) ;
- Un bail administratif d'une durée équivalente à l'AOT et fixant le niveau maximum de loyer déterminé par les services des Domaines (170 Euros du m<sup>2</sup>) : la SCI loue l'immeuble au Ministère de l'Intérieur.

---

<sup>40</sup> Une société civile immobilière (SCI) est une société civile qui a un objet immobilier, mais pas de but commercial. L'intérêt principal d'une SCI réside dans la souplesse de répartition du pouvoir de décision de gestion et dans le régime de fiscalité applicable

<sup>41</sup> selon l'article L.34-1 du Code du domaine de l'Etat

## Montage juridique et financier



Le bilan de cette expérience est positif. On constate une réalisation accélérée avec une durée des travaux de 18 mois. Par ailleurs, le résultat correspond aux besoins qui avaient été définis, au prix :

- d'un dialogue permanent entre les acteurs, notamment pour l'explicitation du programme et l'arbitrage,
- d'un apprentissage des contraintes réciproques, notamment en ce qui concerne le respect du programme, des données financières et des besoins spécifiques.

Enfin, on constate une nécessaire prise en compte anticipée de l'exploitation et de la maintenance, ayant pour objectifs d'une part de préserver la valeur d'usage du bâtiment et, d'autre part, de professionnaliser la gestion du bâtiment et se recentrer sur le cœur du métier. Pour cela un contrat de maintenance multitechnique s'est avéré approprié.

Afin d'étendre cette expérience et pour faciliter la construction des commissariats de police et des établissements pénitentiaires dans le cadre du plan d'investissement, les lois d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) et pour la justice (LOPJ) ont mis en place un dispositif de partenariat public-privé.

### 2.1.2.2. Les lois d'orientation et de programmation de 2002 sur la sécurité intérieure et la justice

Après les élections législatives de 2002, le gouvernement a d'abord conduit des réformes sectorielles. Ainsi, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure et la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) ont introduit de nouveaux instruments juridiques pour faciliter la réalisation et la gestion d'ouvrages affectés aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationale. Ces instruments qui se rapprochaient déjà du PFI préfiguraient ce qu'allaient être les nouveaux PPP «à la française». Mais ces contrats ne sont pas entièrement nouveaux. Le législateur s'est servi de solutions anciennes soit pour les faire revivre, soit pour les renforcer, soit pour les étendre. Ces trois aspects correspondent à trois types de contrat : les marchés d'entreprise de travaux publics (METP), les baux sur le domaine public de l'Etat, les conventions sur le domaine des collectivités locales.

1. **Le retour des « METP ».** Les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) ont été conçus par la jurisprudence comme des contrats chargeant une entreprise de la construction et de l'exploitation d'un ouvrage en vue de l'exécution d'un service public, moyennant un prix versé par la collectivité pendant toute la durée d'un contrat<sup>42</sup>. Ils ont été utilisés pour assurer, à l'exclusion de la gestion d'un service public, la construction et l'entretien de locaux (notamment des lycées) ou la maintenance de certaines installations (par exemple la signalisation), et répercuter sur le prix correspondant à l'entretien ou la maintenance tout ou partie du prix correspondant à la construction : en permettant d'étaler ainsi la charge de l'investissement, la solution réalisait une forme d'emprunt pour la collectivité, pouvant entraîner finalement un surcoût. Cette déviation a été sévèrement condamnée<sup>43</sup>. Dans un avis du 28 juin 1991<sup>44</sup>, le Conseil d'Etat a considéré qu' « *un contrat de ce type, dans lequel on ne trouve pas l'ensemble des critères retenus par la jurisprudence pour caractériser un marché d'entreprise de travaux publics, doit être regardé comme un marché de travaux publics* » tout court.

Les lois sur la sécurité intérieure et sur la justice les font réapparaître dans une certaine mesure. Selon l'article 3.1 de la loi du 29 août 2002, pour les immeubles affectés à la police et à la gendarmerie nationale, un même marché peut porter « à la

---

<sup>42</sup> CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*. Rec. P.612

<sup>43</sup> Rapport public du Conseil d'Etat pour 1993, *EDCE*, n°45, 1994, p.69 et s.

<sup>44</sup> *EDCE*, n°43, 1992, p.385

fois sur [...] la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance ». Il ne s'agit donc pas de METP au sens de la jurisprudence (construction et exploitation d'un service public) mais au sens de certaines pratiques (construction et entretien d'ou ouvrage). Selon l'article 3 de la loi du 9 septembre 2002, un même marché peut porter non seulement sur la « construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires », mais aussi sur d'autres fonctions, conditions que celles-ci ne soient pas « de direction, de greffe et de surveillance » (missions régaliennes qui ne peuvent être déléguées).

Le législateur a obtenu l'aval du Conseil Constitutionnel qui a notamment considéré à propos de ces deux lois « qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, l'aménagement, la maintenance et l'entretien d'un ouvrage public ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun, en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global »<sup>45</sup>.

2. **Le renforcement des baux sur le domaine public de l'Etat.** En vue de donner des garanties à l'occupant privatif du domaine public de l'Etat, la loi du 25 juillet 1994 a permis la constitution de droits réels à son profit<sup>46</sup>. Elle permettait à l'Etat de conclure, comme preneur, des baux portant sur des immeubles construits sur son propre domaine public par une personne qu'il a autorisée, par un titre unilatéral ou contractuel, à s'y établir.

L'article 3.II de la loi du 29 août 2002, venant compléter les articles L.34-1 et suivants du code du domaine de l'Etat, renforce cette solution pour « des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ». Il lui donne un fondement législatif exprès et lui apporte des aménagements, les uns extensifs, les autres restrictifs. L'extension porte sur les modalités financières. Le recours au crédit-bail, qui était interdit par la loi de 1994 pour les ouvrages destinés à un service public, à l'usage du public et pour les travaux publics, est ici expressément autorisé. Les restrictions sont de deux ordres. Les unes portent sur le contenu du bail et du contrat de crédit-bail : tous les deux doivent comporter « des clauses permettant de préserver les exigences du service public ». Les autres contraintes concernent la passation du bail. Les conditions doivent être précisées par un décret en Conseil d'Etat.

---

<sup>45</sup> Cons. Const. 22 août 2002, n°2002-460 DC, JO 30 août 2002, p.4441

<sup>46</sup> Article 34-1 et s. du code du domaine de l'Etat

Les baux que la loi du 29 août 2002 permet à l'Etat de conclure avec l'occupant de son domaine rejoignent, au moins à certains égards, les marchés publics. « *Ils n'ont de baux que le nom, comme les baux emphytéotiques administratifs* »<sup>47</sup>.

**3. L'extension des contrats des collectivités locales sur leur domaine.** Le législateur développe deux types de contrats préexistants : les baux emphytéotiques, les conventions entre Etat et collectivités locales. La conclusion de baux emphytéotiques sur le domaine des collectivités locales a été réglée par l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988. La loi du 29 août 2002 élargit le dispositif du bail emphytéotique<sup>48</sup> : il permet de le conclure avec tout type de personne, publique autant que privée. D'autre part, la loi étend, jusqu'au 31 décembre 2007, l'objet du bail emphytéotique administratif (BEA) en permettant sa conclusion en vue de répondre aux « *besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales* »<sup>49</sup>. La loi du 29 août 2002 prévoit une autre sorte de convention entre l'Etat et les collectivités locales<sup>50</sup> : elle permet aux collectivités territoriales et aux établissements publics de coopération intercommunale de « *construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales* ».

Le BEA a donc été consacré par le législateur comme une véritable technique de construction d'équipements publics, faisant ainsi de ce montage un concurrent direct au marché public. Ces dispositions ont été étendues à l'immobilier du Ministère de la Défense. Le Plan « Hôpital 2007 » prévoit de son côté de permettre des montages innovants de PPP dans le secteur de la santé qui ont été autorisées par l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé.

### **2.1.3. Le Plan « Hôpital 2007 » : « réussir la relance de l'investissement »<sup>51</sup>**

La prise de conscience de la vétusté et de l'inadaptation des équipements hospitaliers est relativement récente<sup>52</sup>. Le rapport du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 indiquait que l'effort d'investissement dans le patrimoine

---

<sup>47</sup> Pierre DELVOLLE, « Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et infléchissements », BJCP n°25

<sup>48</sup> Article 3.III.1° de la loi n° 2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002

<sup>49</sup> idem

<sup>50</sup> Article 3.III.2° de la loi du 29 août 2002 précitée

<sup>51</sup> V. Le TAILLANDIER, Directeur de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (Mainh)

<sup>52</sup> Rapport de la Sanesco (2001), conférence des directeurs généraux de CHU (2002)

hospitalier était en recul. Les établissements de santé, notamment publics, n'ont pu ni moderniser leur patrimoine immobilier, ni accéder aux nouvelles technologies, notamment dans les domaines médical et informatique. Par ailleurs, comme ils ont donné priorité aux équipements mobiliers, notamment aux équipements médicaux, cela s'est fait au détriment des investissements immobiliers. De même, le groupe 4 s'est trouvé tari par le fait qu'il a souvent servi à alimenter les groupes 1 et 2. Il en résulte que les taux de vétusté<sup>53</sup> ont grimpé dans tous les secteurs et ce retard a conduit à une situation préoccupante, aussi bien pour la sécurité des patients qu'en matière de santé publique. Rien ne pourra être fait sans une très forte accélération de l'effort d'investissement des établissements publics de santé (EPS). Le maintien du niveau actuel des investissements des EPS (2,76 milliards d'euros en 2001) ne permettait de satisfaire les besoins qu'en douze ou quinze années<sup>54</sup>.

Thème privilégié par le Premier Ministre dans son discours de politique générale, le plan de relance de l'investissement hospitalier constitue un des volets majeurs du Plan « Hôpital 2007 », présenté par Jean-François Mattei, le 20 novembre 2002<sup>55</sup>. Ce plan innove par son caractère pluriannuel et déconcentré, mais d'abord par son ampleur. Ce plan est en effet ambitieux : 10,2 milliards d'euros d'investissement supplémentaires (les objectifs régionaux pluriannuels d'investissements) sur la période 2003-2007, générés par une aide de 6 milliards d'euros, notamment grâce à un effet levier. Celle-ci se décompose en 30% de subvention en capital, 70% d'apport budgétaire pour compenser les surcoûts entraînés par les emprunts et l'amortissement. Le taux global de compensation se situe à un niveau élevé de 60%. Certes les fonds nationaux de soutien (le fonds d'investissement pour la modernisation des hôpitaux pour le public, depuis 1997, et le fonds de modernisation des cliniques privées, plus récemment) ont subventionné des opérations jugées prioritaires. Mais ils l'ont fait à des niveaux modestes (le taux moyen de subvention du Fimho est de l'ordre de 15%) ; ils n'ont donc pas eu de réel effet d'entraînement sur l'investissement.

Ce plan national d'investissement se traduit en vingt-six plans régionaux d'envergure. Ce financement a permis aux directeurs d'Agences Régionales de l'Hospitalisation (ARH) de programmer 937 opérations sur l'ensemble de la période, soit en moyenne 34 opérations par région métropolitaine (hors Île-de-France). Les 26 plans régionaux ont été élaborés et négociés entre les ARH, les établissements de santé et les

---

<sup>53</sup> Le taux de vétusté (valeur cumulée des amortissements/valeur des immobilisations brutes) a été évalué à 68%

<sup>54</sup> Rapport de la Sanesco (2001)

<sup>55</sup> « Hôpital 2007 » : un pacte de modernité avec l'hospitalisation ». discours de J.-F. MATTEI

élus, de mars à juillet 2003. La démarche était encadrée par la circulaire du 20 mars 2003<sup>56</sup> qui fixait quelques principes clés qui ont été pris en compte, tout en s'adaptant aux spécificités régionales. La priorité était donnée aux actions de santé publique suivantes :

- Les services d'urgences avec 674 millions d'euros d'investissement à travers plus de 194 opérations de travaux, d'informatisation ou d'équipement ;
- La lutte contre le cancer avec 416 millions d'euros investis dans 112 opérations ;
- La périnatalité (maternité, pédiatrie, réanimation pédiatrique) avec 87 opérations pour 1530 million d'euros
- La coopération et la complémentarité (public/public, public/privé, privé/privé) avec 90 opérations pour 1976 millions d'euros.

Pour la région Pays-de-la-Loire, le volume des investissements supplémentaires programmés pour la période 2003-2007 représente 539 millions d'euros pour 38 opérations. Les aides prévisionnelles apportées par le Plan « Hôpital 2007 » s'élèvent à 292 millions d'euros, soit un taux de subventionnement de 54%. Dans le département de la Mayenne, le centre hospitalier de Laval est concerné par le Plan « Hôpital 2007 » (15 millions d'euros) pour plusieurs opérations d'investissement :

- La restructuration et le réaménagement du service de la réanimation ;
- La construction de l'hôpital Sud ;
- La création d'un centre d'hémodialyse.

Bien que la maison de retraite de Saint-Julien ne soit pas concernée par le Plan « Hôpital 2007 », sa reconstruction fait appel à un outil juridique spécifique du plan : le BEAH.

## 2.2. LE BEAH : UNE OPPORTUNITE SAISIE PAR L'HOPITAL DE LAVAL

La volonté qui présidait dans le plan « Hôpital 2007 » était d'alléger le carcan administratif et de donner aux EPS les outils pour relancer les investissements. Le nouveau BEAH venant remplacer le BEA de 1988 pour les hôpitaux concourt à cet objectif dans le souci de satisfaire aux règles communautaires.

---

<sup>56</sup> Circulaire DHOS/F/2003/139 du 20 mars 2003 relative au plan d'investissement national « Hôpital 2007 »

### 2.2.1. Les limites des assouplissements fournis par le BEA de 1988 aux règles de la domanialité publique

Le fait, pour une collectivité territoriale ou un établissement de santé public, de conclure un bail emphytéotique administratif avec une personne privée ne saurait constituer un démantèlement du domaine public ni du service public.

En premier lieu, le champ d'application du BEA est limité. Tout le domaine public ne peut faire l'objet d'un BEA. Les dépendances du domaine incluses dans le champ d'application de voirie ne peuvent être données à bail (voies publiques, y compris les parcs de stationnement). En outre, une opération sans lien avec le service public ou l'intérêt général ne peut faire l'objet d'un BEA. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il rappelé, dans un avis du 16 juin 1994<sup>57</sup>, qu'un établissement hospitalier ne pouvait, par le biais d'un tel bail, faire construire un immeuble à usage d'hôtel si celui-ci n'était pas « *exclusivement ou à tout le moins principalement et prioritairement destiné à accueillir des personnes ayant des liens avec l'établissement public de santé (...)* ».

En second lieu, les droits réels de l'emphytéote sur le domaine public ne constituent pas une propriété pleine et entière. Dans sa décision relative à la loi du 25 juillet 1994 sur le domaine public de l'Etat, le Conseil Constitutionnel a rappelé que « *les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (...) relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des personnes publiques* ». Ces dispositions « *font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels, sans contrepartie appropriées eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté* »<sup>58</sup>. La loi de 1988 entend précisément protéger le domaine public des collectivités locales, d'une part en limitant la durée des droits réels du preneur du bail, et d'autre part, en maintenant des pouvoirs de contrôle au profit du bailleur pendant la durée du contrat.

Concernant la durée du bail, la loi de 1988 se réfère au régime du bail emphytéotique du code rural : un BEA ne peut être signé que pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Un tel bail « *ne peut se prolonger par tacite reconduction* »<sup>59</sup>. A l'issue de cette durée, les droits disparaissent et la propriété des biens et équipements mis en place par le preneur revient à la collectivité bailleuse.

---

<sup>57</sup> CE avis 16 juin 1994, rapport 1994, p.367

<sup>58</sup> Conseil Constitutionnel, décision n°94-346 du 21 juillet 1994

<sup>59</sup> Code rural, art.L.451-1

Pendant la période couverte par le bail, la collectivité conserve des prérogatives de puissance publique. Le législateur et le Conseil d'Etat ont voulu donner à la collectivité bailleuse les moyens de s'assurer de la continuité et de la bonne exécution du service public. Ainsi, à l'inverse du preneur d'un bail emphytéotique du code rural, il n'est pas possible au preneur d'un BEA de céder librement les droits réels que celui-ci lui confère. La cession de ces droits est soumise à l'agrément de la collectivité, qui peut les refuser si elle n'obtient pas les garanties que le bénéficiaire de la cession poursuivra l'activité objet du bail. La constitution d'hypothèques sur le droit réel est elle aussi soumise à l'agrément du bailleur. Elle ne peut avoir pour but que de garantir les emprunts relatifs à l'opération financée par le BEA. Enfin le montant de l'emprunt garanti ne doit pas provoquer un dépassement du montant maximum des garanties qu'une collectivité est autorisée à accorder. Quant à la mise en œuvre de la garantie hypothécaire, en cas de défaillance financière du preneur, elle est également soumise à certaines conditions visant à assurer la continuité du service public. Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou d'exécution sur les droits immobiliers. La mise en vente aux enchères du bien est exclue, ce qui serait contraire à la règle d'insaisissabilité du domaine public. Enfin la jurisprudence reconnaît à la collectivité bailleuse le droit d'introduire dans un tel bail une clause lui permettant de résilier unilatéralement le contrat<sup>60</sup> soit en cas de manquement du preneur à ses obligations contractuelles, soit pour un motif d'intérêt général, alors qu'un bail emphytéotique du code rural ne peut être résilié que par le juge.

Le bail emphytéotique de 1988 ne bénéficiait pas d'un réel succès dans le secteur hospitalier du fait de la limitation du champ d'application. Aussi l'ordonnance du 4 septembre 2003 va-t-elle donner un nouveau dynamisme au PPP.

## **2.2.2. Le BEAH issu de l'ordonnance du 4 septembre 2003**

L'ordonnance apporte une véritable innovation en matière d'outils juridiques utilisés pour les opérations d'investissement. L'hôpital de Laval a choisi de saisir cette opportunité malgré les risques que cela faisait courir au projet initialement retenu.

### *2.2.2.1. Une innovation des outils juridiques pour l'investissement*

Dans le cadre du Plan «Hôpital 2007 », Jean-François Mattei, ministre de la santé, indiquait qu'il souhaitait faciliter l'implication des personnes privées. Ainsi, sur le

---

<sup>60</sup> CE 25 février 1994, *Sofap-Marignan Immobilier*, précité

fondement de la loi 02 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, l'ordonnance du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé<sup>61</sup> contient dans son Titre IV, intitulé « *Domaine et conditions d'investissement immobilier des établissements publics de santé* », diverses dispositions qui s'inscrivent dans la tendance actuelle, inaugurée par les lois du 29 août 2002 et du 9 septembre 2002 sur la sécurité intérieure et la justice, tendant à permettre aux collectivités publiques, dans un cadre aménagé de droit public, d'avoir recours à des techniques contractuelles issues du droit privé, notamment pour la réalisation de programmes immobiliers publics avec financement privé. Cette modification est sous-tendue par trois enjeux :

1. tout d'abord, celui de l'accélération des constructions hospitalières, sachant qu'il faut entre sept et neuf ans pour inaugurer un bâtiment hospitalier important une fois la décision prise du fait du poids des procédures et des aléas liés aux travaux ;
2. ensuite, bien que les technostructures des hôpitaux se soient considérablement enrichies de compétences nouvelles ces dernières années avec notamment la montée en puissance du corps des ingénieurs hospitaliers, il faut bien admettre une certaine faiblesse des maîtres d'ouvrage en milieu hospitalier, surtout dans les établissements de moyenne et de petite tailles ;
3. enfin, maîtriser la dépense sans porter préjudice au niveau de qualité ; avec le Plan « Hôpital 2007 », il s'agit d'intégrer un effort d'investissement supplémentaire de six milliards d'euros sur cinq ans, soit une augmentation de 30% en moyenne par rapport au rythme connu jusqu'en 2003. Or le Ministère du Budget avait constaté une très faible consommation des crédits de l'ancien Fimho (fonds d'investissement et de modernisation des hôpitaux).

L'ordonnance du 4 septembre 2003 ouvre aux établissements de santé publics et aux groupements de coopération sanitaire la possibilité d'accélérer la réalisation des opérations immobilières. En pratique, ils ont maintenant le choix entre :

- la voie classique de la maîtrise d'ouvrage directe (marché successif de maîtrise d'œuvre, de construction, de travaux d'entretien) ; ce que le centre hospitalier de Laval a choisi pour la construction du « Bâtiment Sud » ;
- un marché global soumis au code des marchés publics (art. L.6148-7 du code de la santé publique) dans le cadre duquel il est possible de confier au même titulaire une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou

---

<sup>61</sup> Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003

d'équipements ; ce qui a été choisi pour la construction de la pédopsychiatrie à Laval pour gagner du temps et de la cohérence en évitant le fractionnement des phases et des centres de décisions ;

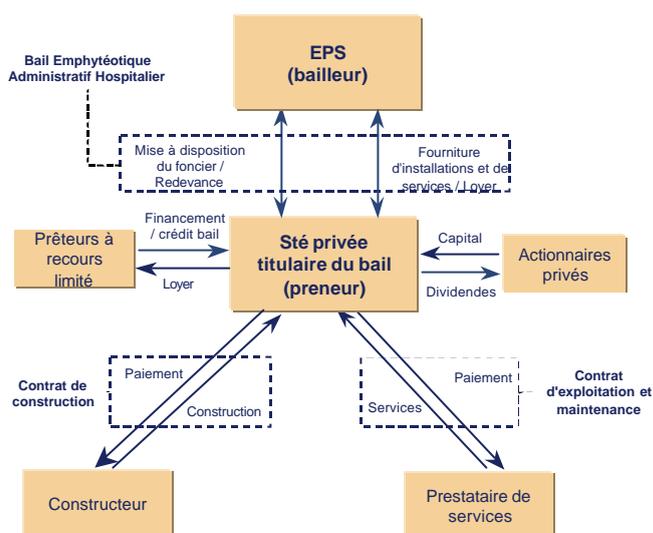
- et l'externalisation même de la maîtrise d'ouvrage par l'intermédiaire d'un bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH), ouvert à des opérateurs privés, aux collectivités locales, aux sociétés d'économie mixte et, dans une moindre mesure, aux offices d'HLM.

Mais ces possibilités offertes par l'ordonnance du 4 septembre 2003 d'accélérer la réalisation des opérations immobilières sont soumises à certaines conditions. Ainsi, même si les procédés de réalisation d'ouvrages incluant conception, construction, maintenance, exploitation ne sont pas intrinsèquement contraires à des principes de valeur constitutionnelle, dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, le Conseil Constitutionnel a imposé au gouvernement de réserver les contrats de partenariat à « *des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ». Dès lors, le recours aux contrats de partenariat devra être soigneusement pesé et évalué à l'aune de l'intérêt général qu'ils permettraient de satisfaire. Une évaluation préalable doit justifier que l'on se trouve soit dans le cas où la complexité du projet interdirait objectivement à la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens techniques, soit d'être dans une situation d'urgence. Les opérations du Plan « Hôpital 2007 » sont considérées comme répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence pour rattraper le retard des investissements dans le secteur immobilier. A contrario, la construction de la maison de retraite de Saint-Julien à Laval n'est pas une opération du Plan « Hôpital 2007 », mais le centre hospitalier a choisi de recourir au nouveau BEAH.

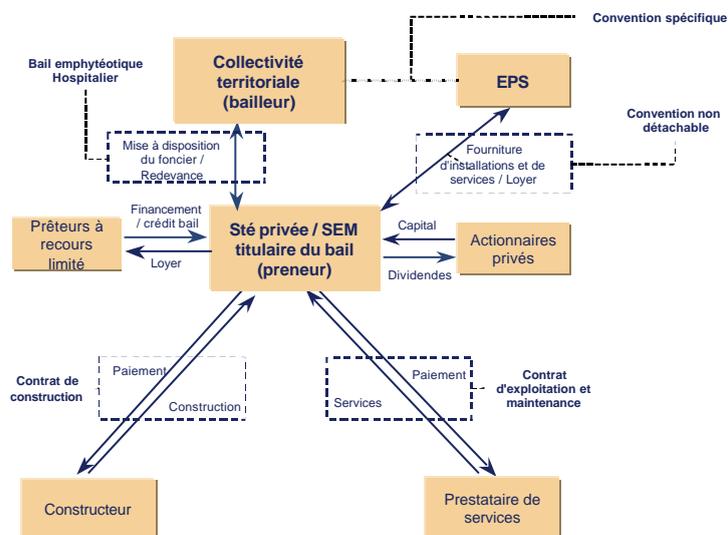
#### *2.2.2.1. Le choix du centre hospitalier de saisir l'opportunité du BEAH*

Ce BEAH, « frère jumeau » du BEA prévu en faveur des collectivités territoriales ainsi que de leurs établissements publics et de leurs groupements par la loi du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation, remet en cause le BEA qui avait été retenu pour la construction de la maison de retraite de Saint-Julien par le Conseil d'Administration d'avril 2003, qui avait, par la même délibération, autorisé le Directeur à se rapprocher de la SACOLA. En effet, l'article 21 de l'ordonnance du 4 septembre 2003 confirme et permet d'avoir désormais recours au BEAH dans trois hypothèses :

1. la première est celle où le BEAH est consenti par une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics sur l'une de ses dépendances domaniales – publiques ou privées – avec un preneur public ou privé (un constructeur-financeur, par exemple) pour satisfaire aux besoins d'un EPS et ce, jusqu'au 31 décembre 2007 ;
2. la deuxième est celle où le BEAH est consenti par l'EPS lui-même ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ; le centre hospitalier de Laval s'inscrit dans ce cadre pour la construction de la maison de retraite ;



3. enfin, la troisième hypothèse est celle où le BEAH est consenti par la collectivité territoriale à l'EPS depuis que cette dernière est habilitée à conclure des BEA en faveur des personnes privées mais aussi de personnes publiques (article 3 de la loi du 29 août 2002).



Ainsi, eu égard aux développements précédents, le centre hospitalier de Laval peut recourir à un BEAH pour faire financer et construire par un tiers, sur son domaine public, un bâtiment destiné à héberger des services d'hospitalisation complète (la maison de retraite de Saint-Julien), dès lors que les missions de soins continuent à être assurées par l'établissement, le tiers ne faisant que concourir à cette mission par la mise à disposition des locaux. La conclusion de ce BEAH s'accompagnera nécessairement d'une convention – dite « convention non détachable » - qui définira les prestations devant être fournies par le partenaire privé pendant toute la durée du bail. Ce projet de BEAH mettra en présence trois types d'intervenants :

- le centre hospitalier de Laval,
- un prestataire – public ou privé – qui sera titulaire du BEAH et qui assumera la construction et l'exploitation du bien immobilier,
- les établissements bancaires qui apporteront le financement nécessaire à la réalisation de l'opération.

Mais l'hôpital de Laval a préféré ne pas retenir la solution du crédit-bail.

#### *2.2.2.2. La solution du crédit-bail non retenue par le centre hospitalier*

Procédure empruntée au droit privé des affaires, le crédit-bail est régi par la loi n° 66-455 du 02 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail et le décret n° 72-665 du 04 juillet 1972 relatif à sa publicité. Contrairement au crédit-bail mobilier, couramment utilisé par les hôpitaux, le crédit-bail immobilier n'était pas autorisé légalement dans le secteur hospitalier jusqu'à l'ordonnance du 4 septembre 2003.

Le crédit-bail immobilier est une opération par laquelle une entreprise (crédit-bailleur) donne en location des immeubles à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque cette opération permet au locataire (crédit-preneur) de devenir propriétaire de tout ou partie du bien loué au plus tard à l'expiration du bail : soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés les immeubles loués, soit par transfert de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant au locataire. La technique du crédit-bail comporte donc deux contrats :

1. un contrat de location assorti d'une option d'achat conclu entre le crédit-bailleur et un crédit-preneur,
2. et, si l'option d'achat est levée, un contrat de vente conclu entre le crédit-bailleur et un acheteur.

Concrètement pour un hôpital, ce montage consiste à ce qu'un établissement de crédit prenne en charge la responsabilité du financement et de la construction de l'ouvrage, dont il devient propriétaire, pour ensuite le louer à l'hôpital, les loyers étant inscrits en section de fonctionnement.

Cette possibilité peut intéresser les hôpitaux, mais de façon marginale et pour des activités limitées. En outre, même lorsqu'elle est autorisée par la loi, elle est déconseillée par la Cour des Comptes qui a souligné, dans son rapport public de 1997, que ce mode de financement, relevant à la fois du droit public et du droit privé, conduit à un effet de superposition rendant opaques les procédures utilisées. De plus, la technique du crédit-bail s'accommode mal des principes de la comptabilité publique, notamment celle de l'interdiction des engagements pluriannuels et celle de la distinction entre les dépenses de fonctionnement et d'investissement.

Certes avec l'ordonnance du 4 septembre 2003, le financement des constructions dans le cadre d'un BEAH « *peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail<sup>62</sup>* ». Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. Mais le centre hospitalier de Laval a fait le choix de ne pas recourir au crédit-bail. Il n'a retenu que le BEAH qui constitue un outil juridique et financier intéressant.

### **2.2.3. Le BEAH, un outil juridique avantageux**

Quatre idées essentielles caractérisent cette opération de BEAH :

- la composante financière de cette opération fait intervenir d'une manière beaucoup plus directe un nouveau partenaire qui s'ajoute au donneur d'ordres public (le centre hospitalier) et au constructeur participant habituellement aux opérations d'investissement immobilier réalisées par les établissements publics de santé, à savoir les établissements financiers ;
- cette opération est définie non pas en termes d'actifs à construire, mais de besoins à satisfaire et de résultats attendus ;
- le centre hospitalier bénéficie d'une relative autonomie dans la conclusion de ce contrat ;
- une part essentielle du succès de cette opération dépendra de la capacité du donneur d'ordres (l'hôpital) à en assurer un suivi rigoureux en phase d'exploitation.

---

<sup>62</sup> Article L.6148-2 du code de la santé publique

Ces quatre caractéristiques permettent de voir plusieurs avantages au recours au BEAH pour la construction de la maison de retraite.

#### *2.2.3.1. Construire moins cher et bénéficier des compétences extérieures*

La formule du BEA permet d'intégrer d'emblée le coût global de l'investissement. Cette intégration, dès la conception de l'ouvrage, du coût global de l'investissement est un facteur de qualité et, très probablement, d'économie à long terme.

En effet, la formule du BEA peut rendre le maître d'ouvrage responsable de la maintenance des biens et équipements qu'il met en place. Il permet également l'association du maître d'ouvrage avec l'architecte maître d'œuvre. En outre, le preneur peut se voir imposer de restituer à l'établissement les biens et équipements en parfait état de fonctionnement. Dès lors, le preneur a tout intérêt, associé au maître d'œuvre, à choisir des solutions techniques et des matériaux qui, même s'ils impliquent un surcoût initial, limiteront à terme les frais de renouvellement et d'entretien. C'est ce qu'on appelle une opération en coût global. Le bénéfice pour le bailleur (le centre hospitalier) est double. D'une part, les coûts de maintenance et d'exploitation sont intégrés dans une redevance fixée à l'avance qu'il paie au preneur. D'autre part, il a la garantie de récupérer, à l'expiration du bail, un équipement de qualité et dont les coûts sont peu élevés.

Il est vraisemblable que si le centre hospitalier de Laval était lui-même maître de l'ouvrage, il aurait tendance, pour des raisons de contraintes financières, mais aussi du fait de la séparation des sections d'investissement et d'exploitation du budget des établissements publics de santé, à sélectionner une offre moins chère en terme de coût direct, mais qui serait plus chère en terme de coût global (frais de fonctionnement, de maintenance, de renouvellement).

Par ailleurs, le coût de la construction des EPS serait nettement surévalué par rapport à la réalité des coûts et des seuls besoins effectifs de l'hôpital : surdimensionnement des surfaces, surinvestissement, libre cours à l'imagination des architectes, remise en cause permanente, y compris au cours de la réalisation de l'opération, du cahier des charges à la demande notamment du corps médical... Les nouveaux montages juridiques, notamment celui du BEAH, conduisent au transfert de la maîtrise d'ouvrage publique sur un tiers – privé - ; ce qui devrait permettre d'éviter ces écueils. Le recours à la maîtrise d'ouvrage privée présente l'intérêt pour l'hôpital d'externaliser le respect des délais et des coûts, ce qui contribue à sécuriser l'opération au niveau de la construction et de la maintenance du bâtiment.

Ces nouveaux montages sont l'occasion pour les opérateurs de faire « bénéficiaire » leurs clients d'une offre complète et pluridisciplinaire, ce qui permet d'améliorer l'efficacité de la dépense publique. De plus, les nouveaux montages comme celui du BEAH ont pour avantage de favoriser la professionnalisation de la construction et de la gestion patrimoniale du centre hospitalier de Laval. Ainsi, l'hôpital serait plus à même de se recentrer sur le cœur du métier : le soin.

Le BEAH offre également un avantage important en termes de capacité d'investissement.

#### *2.2.3.1. Préserver la capacité d'investissement de l'établissement*

Sur le plan comptable, le BEAH permet de financer l'investissement par des dépenses d'exploitation, à la différence des marchés globaux. En effet, les loyers sont imputés sur les ressources d'exploitation du locataire et non pas dans la section d'investissement. Ainsi, l'hôpital bénéficie d'un financement intégral du bien sans pour autant qu'un endettement apparaisse à son budget.

La principale caractéristique d'un financement par BEAH consiste à faire passer sous forme locative des charges d'investissement, ce qui revient à opérer un transfert de charges du groupe 4 au groupe 3 de la section d'exploitation, les loyers ne pesant que sur la section d'exploitation.

Ainsi, le BEAH permet à un EPS comme celui de Laval, dont la section d'investissement est fortement impactée par d'autres opérations immobilières, de financer de nouvelles constructions. Avec le recours à l'autofinancement ou à l'emprunt, l'immobilisation apparaît immédiatement au bilan alors que les amortissements n'apparaîtront qu'à partir de l'utilisation effective de l'ouvrage ; cela diminue momentanément le fond de roulement d'investissement, c'est ce qui se produit pour le marché global. Le financement du marché global pour la construction de la pédopsychiatrie est différent de celui du BEAH de la maison de retraite : le centre hospitalier doit recourir à l'emprunt pour la pédopsychiatrie. Par conséquent, les dépenses d'investissement demeurent des charges du groupe 2 de la section d'investissement (des immobilisations) et donnent lieu à amortissement (charges du groupe 4 de la section d'exploitation). De plus les dépenses d'investissement sont distinctes des charges d'exploitation.

Mais si la section d'investissement est commune à l'ensemble des activités d'un EPS, le fonctionnement d'une maison de retraite est financé par un budget spécifique : le budget annexe. En effet, le budget annexe concerne chacune des activités à caractère social ou médico-social que peut créer un EPS en application de l'article L.711.2.1 du

CSP<sup>63</sup>. Dès lors, pour le BEAH, seul le budget annexe de la maison de retraite sera concerné, et notamment le groupe 3 correspondant aux charges d'exploitation à caractère hôtelier et général. Or comme le prévoit le CSP<sup>64</sup>, chaque budget annexe doit impérativement équilibrer ses charges grâce à ses propres ressources. Ces ressources proviendront du groupe 3, c'est-à-dire des produits de l'hébergement<sup>65</sup>. Le loyer sera par conséquent répercuté sur le tarif d'hébergement<sup>66</sup> des résidents.

Enfin, le BEAH offre de la souplesse au regard de autres formes de financement qui intéresse le CH de Laval. Le financement peut s'effectuer sur la durée effective d'utilisation du bien, au gré du versement des loyers. L'effort financier est donc mieux réparti dans le temps. Tel n'est pas toujours le cas pour la durée de remboursement d'un emprunt bancaire ou d'amortissement d'une immobilisation qui est indépendante de la durée effective de l'utilisation d'un bien. L'investissement engendre lui-même les revenus nécessaires à son remboursement, non pas pour une période théorique d'amortissement ou de remboursement d'un emprunt bancaire, mais sur la durée de vie économique du bien. Cette formule permet, en effet, d'une part de faire préfinancer le coût des travaux par un partenaire extérieur, l'établissement ne commençant à payer qu'une fois l'ouvrage mis à sa disposition, et, d'autre part, de lisser dans le temps (sur une durée allant de 18 à 99 ans) une dépense importante, sans pour autant avoir recours à l'emprunt. A cet égard, le BEA constitue une dérogation notable à la règle de non-paiement différé. En effet, l'article 94 du code des marchés publics applicable aux collectivités locales interdit toute clause de paiement différé dans les marchés passés par une collectivité. Or le BEA est, selon P. Terneyre, une sorte d'« *emprunt déguisé* »<sup>67</sup>, par lequel une collectivité peut faire financer, construire et exploiter un ouvrage public, moyennant une redevance périodique remboursant l'investissement et les diverses prestations fournies.

Pour bénéficier de ces avantages, l'hôpital de Laval a choisi d'adapter son projet de BEA « ancienne version » au nouveau BEAH. Mais cela n'a pas été sans difficulté. L'accompagnement du centre hospitalier a alors été déterminant.

---

<sup>63</sup> Ordonnance n° 96-246 du 24 avril 1996 – art.51

<sup>64</sup> Article R.714.3.9

<sup>65</sup> La réforme de tarification des EHPAD mise en place par le décret n°99-316 du 26 avril 1999 a instauré une tarification ternaire composée d'un tarif hébergement, d'un tarif soins et d'un tarif dépendance

<sup>66</sup> Tarif hébergement = loyer annuel/nombre de journées

<sup>67</sup> P. Terneyre. « Les montages contractuels complexes », *AJDA* du 20 juillet-20 août 1994, n°spécial

## 2.2.4. L'accompagnement du centre hospitalier dans son choix de recourir au BEAH

Pour garantir la réussite du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 », un dispositif spécifique a été prévu avec la création de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH), structure placée auprès du ministre et en lien permanent avec son administration (Direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins – DHOS -). « Il s'agit d'un accompagnement et non d'une tutelle »<sup>68</sup>. Elle a pour mandat de faciliter le lancement, le suivi du plan, de permettre la diffusion des nouveaux outils et d'appuyer techniquement les Agences Régionales de l'Hospitalisation (ARH) et les établissements de santé.

Au niveau national, cette équipe d'une dizaine de professionnels expérimentés (ingénieurs des Ponts et Chaussées et des travaux publics, directeurs d'hôpital et de clinique) a pour mission d'assurer la synthèse, l'animation et l'information sur le Plan « Hôpital 2007 ». Elle doit également identifier les causes des disparités entre les coûts d'investissement du secteur public et du secteur privé et rechercher les moyens d'y remédier.

En région, un chargé de mission est recruté auprès de chaque Directeur d'ARH pour assurer le suivi des opérations. Ainsi, L'ARH des Pays-de-la Loire et le chargé de mission régional ont été les interlocuteurs du centre hospitalier de Laval dans le projet de BEAH pour la conduite de la concertation politique et technique.

La place de l'ARH dans le dispositif est importante. Elles a été et reste le pivot de la mise en place de l'Objectif Régional Prévisionnel d'Investissement (ORPI) et du Plan Pluriannuel Régional d'Investissement (PPRI), conformément à la circulaire du 20 mars 2003. Il lui appartiendra aussi d'ajuster les plans de financement de chaque opération retenue dans l'ORPI, y compris celle du BEAH pour la maison de retraite du centre hospitalier de Laval, afin de prendre en compte la disparition du fonds d'investissement pour la modernisation des hôpitaux (Fihmo) et des crédits de paiement subséquents.

En ce qui concerne l'hôpital de Laval, l'accompagnement de la MAINH, que ce soit au niveau national ou au niveau régional avec le chargé de mission, a été décisif. En effet, le centre hospitalier, ayant décidé de recourir au BEA avant la publication de l'ordonnance du 4 septembre 2003, avait suivi les dispositions juridiques de l'ancien BEA –celui de la loi de 1988. La publication de l'ordonnance a remis en cause le projet. Mais

---

<sup>68</sup> Jean-François Mattei, table ronde « la relance de l'investissement hospitalier », in Gestions Hospitalières, supplément au n°430, Novembre 2003

du fait de la contrainte temporelle fixée par le COM<sup>69</sup>, le centre hospitalier, en accord avec la MAINH, a choisi de continuer dans cette voie en adaptant la procédure du BEA pour la rendre conforme aux nouvelles dispositions de l'ordonnance. Une autre solution aurait été de reprendre le projet depuis le début pour complètement s'appuyer sur l'ordonnance. Ceci avait l'inconvénient de retarder la construction prévue à partir de septembre 2005 et de rendre difficiles les autres opérations prévues par le COM. Ce risque a justifié le caractère d'urgence de l'opération et permis au centre hospitalier de déroger à la loi MOP en ayant recours au contrat de partenariat. Dès lors, cette décision a conduit à certains aménagements dans la conduite du projet afin de garantir sa réussite.

---

<sup>69</sup> voir le calendriers des projets architecturaux du COM, annexe VII

## **DEUXIEME PARTIE**

### **LES CONDITIONS DE REUSSITE ET LES PERSPECTIVES DU BEAH**

Les conditions réussite du BEAH dépendent essentiellement de sa conformité au droit de la commande publique, français et européen. Ce dernier a évolué avec les nouvelles dispositions juridiques issues de la directive «classique» du 31 mars 2004 et de l'ordonnance du 4 septembre 2003, complétée par l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, instaurant le dialogue compétitif (1).

Contenu des spécificités du contrat de bail que le centre hospitalier de Laval s'apprête à signer, sa phase d'élaboration revêt une importance stratégique. Pourtant, l'hôpital n'a pas rempli toutes les conditions jugées nécessaires pour la bonne conduite de l'opération (2).

Ces imperfections conduisent à mettre en évidence les incertitudes qui demeurent sur l'avenir du BEAH et du PPP dans le secteur hospitalier d'une part, mais également de façon plus générale, à la suite de la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat qui généralise ce type de montages juridiques pour favoriser l'investissement (3).

#### **1. La sécurisation juridique du montage contractuel**

Le droit de la commande publique en évolution impose des obligations pour la passation du nouveau BEAH, avec notamment l'instauration du dialogue compétitif appliqué à Laval.

##### **1.1. LA REMISE EN CAUSE DU PROJET INITIAL PAR LA SPECIFICITE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DU NOUVEAU BEAH**

Conformément aux prescriptions de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, l'ordonnance «Mattei » fixe une procédure de passation respectueuse des règles de publicité et de mise en concurrence pour le choix de l'emphytéote, contrairement à la loi de 1988 instituant l'ancien BEA.

### 1.1.1. Le mode de passation de l'ancien BEA échappait partiellement aux formalités de mise en concurrence

N'étant ni des marchés publics, ni des délégations de service public, les BEA pouvaient être auparavant passés sans mise en concurrence. En effet, ils se distinguaient des marchés publics en raison de l'absence de prix, et de la délégation de service public car le preneur à bail ne se rémunérait pas sur l'usager. Ainsi, le législateur de 1988 s'était dispensé des règles de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il a institué le bail emphytéotique administratif (BEA). Mais la transposition en droit interne de la directive « travaux »<sup>70</sup> et la loi du 29 janvier 1993<sup>71</sup> sont venues combler cette lacune. Deux cas étaient cependant à distinguer :

- celui d'un BEA avec délégation de service public, plus strictement encadré, car soumis aux dispositions des lois du 3 janvier 1991 et du 29 janvier 1993,
- et celui d'un BEA sans délégation de service public comme le BEA qui avait été envisagé initialement pour la maison de retraite à Laval, pour lequel les formalités ne sont obligatoires que dans certains cas.

Pour ce BEA purement immobilier, c'est-à-dire sans délégation de service public, le code des marchés publics ne s'applique pas, car selon le Conseil d'Etat<sup>72</sup>, le BEA ne constitue pas un marché de travaux publics. En effet, l'établissement public de santé n'est pas le maître d'ouvrage puisqu'il « *n'assure pas la direction technique des actions de construction* » et « *ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail* ».

La loi du 29 janvier 1993, imposant une procédure de mise en concurrence spécifique pour les délégations de service public, ne s'applique pas par définition au BEA-opération d'intérêt général, ce type de BEA excluant toute délégation de service public.

En revanche, les mesures de publicité prévues par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative aux marchés et aux concessions de travaux publics au sens du droit communautaire s'appliquent au BEA-opération d'intérêt général, sous certaines conditions. Cette loi transpose en droit interne la directive « travaux » du 18 juillet 1989<sup>73</sup>, qui définit les marchés de travaux et les concessions de travaux au sens communautaire<sup>74</sup>. La passation de tels marchés de travaux doit faire l'objet d'une publicité

---

<sup>70</sup> Directive 93/37/CEE modifiée du 18 juillet 1989, dite Directive Travaux

<sup>71</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

<sup>72</sup> CE 25 février 1994, *SOFAP-Marignan Immobilier*, précité

<sup>73</sup> Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux

<sup>74</sup> Sont considérés comme des marchés de travaux publics au sens communautaire les contrats conclus entre une personne publique et un entrepreneur dont l'objet est de « *réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de génie civil* ».

au Journal Officiel de l'Union Européenne et d'une mise en concurrence (appel d'offres). Seule une publicité européenne est exigée pour la passation de ces concessions de travaux<sup>75</sup>.

### **1.1.2. Les risques de contentieux encourus par le centre hospitalier de Laval**

On peut considérer que le BEA initialement retenu pour la construction de la maison de retraite constituait une concession de travaux au sens communautaire, soumis à la simple publicité européenne, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>76</sup> et de la Cour de Justice des Communautés Européennes<sup>77</sup>. En revanche, le BEA ne pouvait être considéré comme un marché de travaux publics au sens communautaire. Il aurait fallu pour cela que la contrepartie des travaux réalisés par le preneur soit uniquement un prix. Or la perception par l'emphytéote d'un loyer correspondant à la mise à disposition du bien au bailleur ne semblait devoir être comprise comme un prix au sens de la loi de 1991. Cette notion impliquait, en effet, un paiement non différé du fournisseur par l'établissement, qui devenait immédiatement propriétaire du bien, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du BEA.

Au regard de ces dispositions juridiques relatives à la publicité et aux règles de mise en concurrence, le centre hospitalier courait le risque de contentieux avec la délibération du Conseil d'Administration du 4 avril 2003 qui autorisait, le Directeur à préparer,

- d'une part, le bail emphytéotique par lequel le preneur (la SACOLA) s'engageait à édifier la maison de retraite sur le terrain dont le droit d'usage lui était cédé temporairement par le bailleur (le CH Laval), à la conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail qui pouvait être de 25 à 30 ans, cette construction devenant propriété du centre hospitalier à l'expiration du bail,
- d'autre part, la convention, associée au bail emphytéotique, de location de cette nouvelle maison de retraite entre le centre hospitalier de Laval et la SACOLA à compter de la date de la mise en exploitation des bâtiments et pour la durée correspondant à celle du bail emphytéotique.

En effet, cette délibération ne prévoyait aucune publicité et ne répondait pas aux règles de mise en concurrence.

---

<sup>75</sup> Sont considérés comme des concessions de travaux publics au sens communautaire, les contrats ayant le même objet que les marchés de travaux, mais où la rémunération du cocontractant résulte en tout ou partie du droit d'exploiter l'ouvrage

<sup>76</sup> CE 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, req. n°141633

<sup>77</sup> CJCE 19 avril 1994, *Gestion Hotelera International SA*, aff. C-331/92 : Dr.adm.1994

La publication de l'ordonnance du 4 septembre 2003 va changer la donne<sup>78</sup>. Le BEAH n'est pas un contrat conclu *intuitu personae*, et l'hôpital doit mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, même si le BEAH n'est soumis ni au code des marchés publics, ni à la loi du 29 janvier 1993 relative aux délégations de service public. La procédure de publicité doit permettre la présentation de plusieurs offres concurrentes. Pour atteindre cet objectif, l'hôpital peut notamment choisir le Journal Officiel des l'Union Européenne (JOUE), ainsi que le Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics (BOAMP) comme support de publicité. Ainsi, un avis d'appel public à la concurrence (AAPC) a été publié au JOUE et au BOAMP le 15 octobre 2003 par l'hôpital de Laval<sup>79</sup>.

Selon l'ordonnance du 4 septembre 2003, pour l'AAPC, le document descriptif (DD) doit comporter au moins les éléments suivants :

- la nature de l'opération envisagée : marché de fourniture de type location. Le CH de Laval a fait publier l'avis au titre de la directive «service», et non de la directive «travaux», ce qui peut être contestable car aux termes des définitions données par la directive communautaire n° 2004-18 du 31 mars 2004, dite Directive «classique», le BEAH relève des marchés publics de travaux.
- les objectifs et performances attendues : « *proposition de bail emphytéotique administratif avec convention de mise à disposition associée portant sur la construction d'une maison de retraite pouvant accueillir 140 personnes âgées dépendantes à l'emplacement des bâtiments à démolir, actuellement occupés par l'hôpital de jour et les deux secteurs de psychiatrie juvéno-infantile* »<sup>80</sup>.
- Le délai de présentation des candidatures : le 05 décembre 2003, selon le délai minimum obligatoire de quarante jours.
- Les critères d'attribution du contrat de bail, parmi lesquels figurent nécessairement la qualité du service rendu et la répartition des risques entre les parties. L'hôpital a décidé de retenir comme critères :
  1. qualité du service rendu
  2. répartition des risques entre les parties
  3. prix/coût d'exploitation
  4. délais d'exécution.

---

<sup>78</sup> Les dispositions de l'ordonnance du 4 septembre 2003 ont été précisées par celles de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la santé publique

<sup>79</sup> voir annexe III

<sup>80</sup> idem

Toujours selon l'ordonnance, le délai de publicité est fixé à au moins soixante jours entre l'envoi de l'avis et la sélection des candidats. Cette sélection s'est faite le 30 janvier 2004, et l'hôpital a suivi la procédure du dialogue compétitif pour la mise en concurrence.

## 1.2. LA NOUVELLE PROCEDURE DE MISE EN CONCURRENCE : LE DIALOGUE COMPETITIF

Véritable innovation de la procédure de passation du BEAH, le dialogue compétitif introduit par Bruxelles et Paris a été appliqué de façon empirique à Laval.

### 1.2.1. L'introduction du dialogue compétitif par Bruxelles et Paris

Lors du débat préalable à la proposition de réforme des directives communautaires, certains pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques avaient lancé aux institutions européennes un message clair : les directives en vigueur étaient trop floues et rigides pour satisfaire les besoins de certains marchés. Des projets particulièrement complexes, et notamment ceux qui nécessitent la constitution de partenariats public-privé, pâtissaient au niveau européen d'une insécurité juridique due à l'absence de dispositions réglementaires claires. En réponse à un tel vide, certains Etats membres, notamment le Royaume-Uni et la France, avaient développé des procédures propres, adaptées au contexte national, respectivement, le « Private Finance Initiative » et la procédure sur performance.

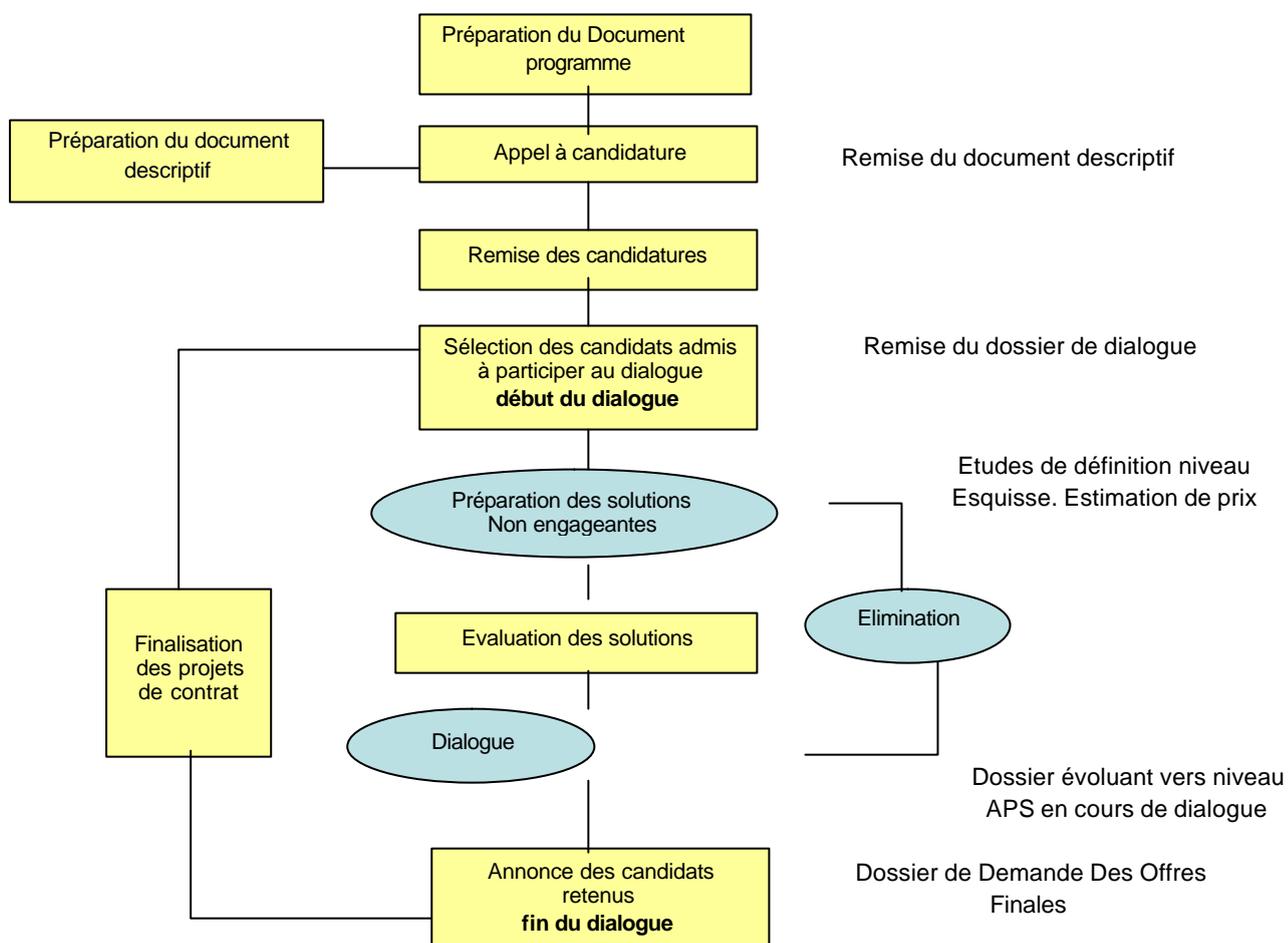
Ainsi, pour les opérations du Plan « Hôpital 2007 » et dans le contexte des débats européens sur le futur dialogue compétitif, l'ordonnance du 4 septembre 2003 prévoit que l'établissement public de santé sélectionne les candidats, et engage avec chaque candidat retenu une négociation, dans le respect du secret des affaires. C'est l'avènement du dialogue compétitif pour le secteur hospitalier.

Au niveau communautaire, l'article 29 de la directive communautaire n° 2004-18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dite directive «classique»<sup>81</sup>, est entièrement consacré au dialogue compétitif. Il présente les grandes lignes de cette nouvelle procédure mais n'entre pas dans les détails de sa mise en œuvre. En fixant les objectifs à atteindre, une directive définit une obligation de résultats, à la charge des Etats

---

<sup>81</sup> voir annexe II.III

membres de déterminer dans leur droit interne les modalités qui permettront d'atteindre les objectifs fixés. Les détails de la procédure sont donnés par l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.



Le dialogue compétitif n'est pas un élément d'accélération de la procédure mais d'amélioration de la définition des besoins. Selon la Commission européenne, la procédure de dialogue compétitif doit permettre d'assurer la flexibilité nécessaire aux discussions avec les candidats de tous les aspects du contrat lors de la phase de mise en place, « *tout en veillant à ce que ces discussions soient menées dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement* »<sup>82</sup>. Cette procédure communautaire ne peut être utilisée que dans le cadre d'un montage « particulièrement complexe », dans lequel la personne publique :

- « *n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs* ,

<sup>82</sup> Doc. COM (2004), 327 final, 30 avr. 2004, Livre vert sur les contrats de partenariat public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions: JCP A 2004, act.254

- *et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet »*

Ces conditions sont reprises par le code des marchés publics du 7 janvier 2004 et l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat<sup>83</sup>.

### **1.2.2. La procédure du dialogue compétitif : l'empirisme lavallois**

Le centre hospitalier de Laval a donc suivi la procédure de dialogue compétitif telle que définie par la directive «classique» de l'Union Européenne dans son article 29 et par l'ordonnance sur les contrats de partenariat.

Lors de la rédaction de ce mémoire, le dialogue compétitif était en cours. Le choix du groupe est prévu en janvier 2005. Dès lors, il ne pourra être donné, pour des questions de confidentialité, d'éléments chiffrés sur les propositions des différents candidats, qui au demeurant ne seront pas nommés.

Alors que l'ordonnance du 4 septembre 2003 n'encadre pas le nombre de candidats admis au dialogue, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit que ce nombre ne peut être inférieur à trois<sup>84</sup>. A Laval, cinq candidats ont été retenus pour le dialogue car ils présentaient tous les cinq les capacités économiques et financières, ainsi que les capacités techniques et/ou professionnelles demandées dans l'AAPC. Le dossier de dialogue a donc été transmis aux cinq candidats admis à participer au dialogue. Il comprenait, d'une part, la présentation du déroulement et des règles du dialogue et, d'autre part, l'avant-projet de contrat de BEAH avec quatre chapitres:

- chapitre 1: projet de bail emphytéotique (autorisation d'occupation du domaine public)
- chapitre 2: les éléments de programmation relatifs à la réalisation de l'ouvrage
- chapitre 3: les éléments de programmation relatifs aux conditions d'exploitation et de maintenance
- chapitre 4 : les conditions de mise à disposition du bâtiment.

---

<sup>83</sup> « si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au I de l'article 7 de la présente ordonnance ».

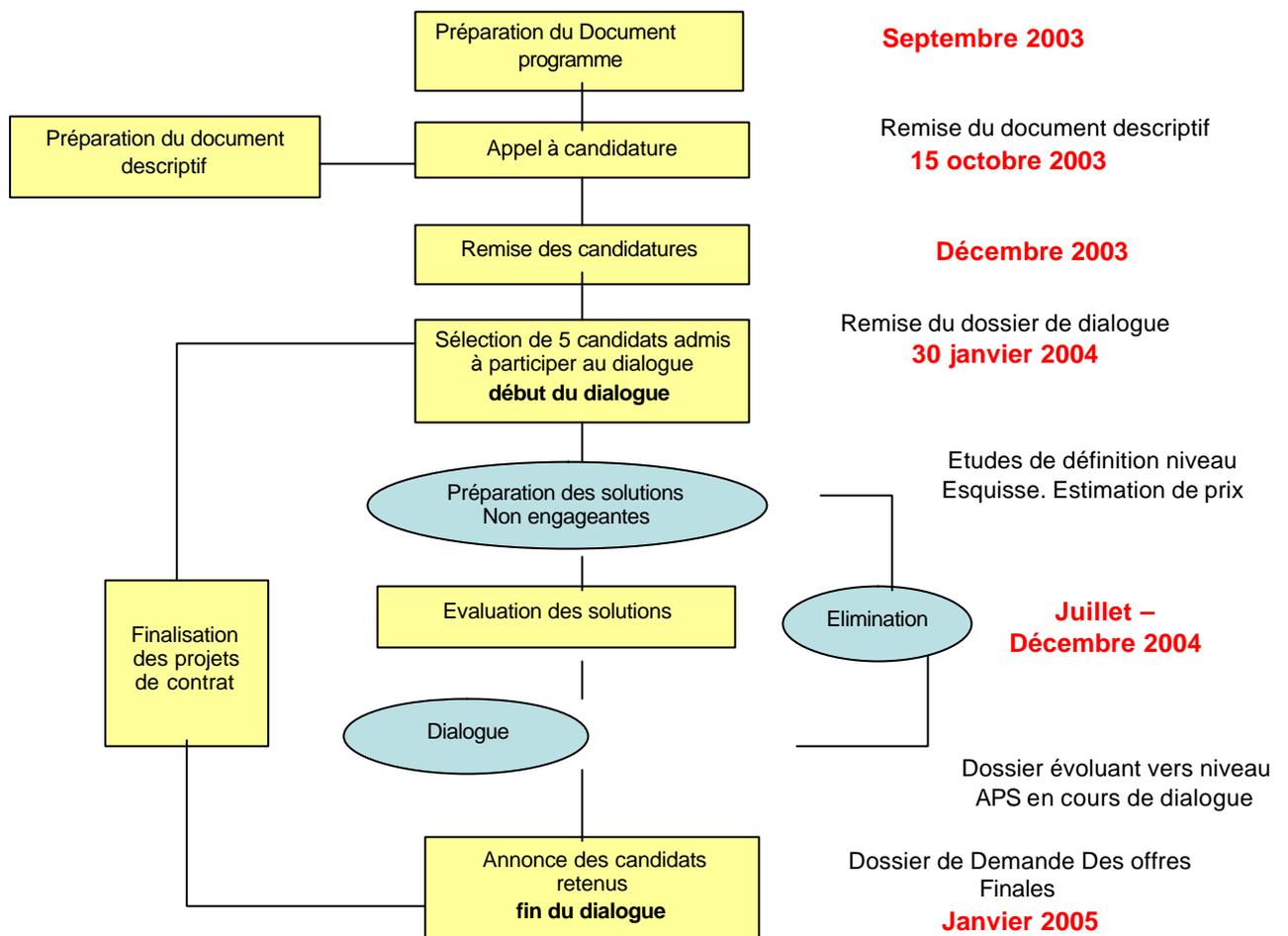
<sup>84</sup> Article 6 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Le dialogue a été lancé sur les solutions présentées par les candidats admis à participer au dialogue qui proposaient à ce stade : des études de définition correspondant à une esquisse, un concept fonctionnel et un principe architectural, une enveloppe financière approximative non engageante, un planning et une lettre de support des banques. Il est possible de prévoir autant de phases de dialogue que nécessaires. L'hôpital de Laval a prévu trois réunions avec chaque candidat entre juillet et novembre 2004. Pour chacune, et dans un souci de transparence et d'équité entre les candidats, le centre hospitalier a choisi d'enregistrer ces rencontres et de rédiger un procès-verbal validé par chaque candidat concerné à la fin de chaque débat. Par ailleurs, les principes de secret et d'égalité de traitement imposent à l'hôpital certaines obligations. D'une part, une proposition intéressante émanant d'un candidat et susceptible d'être retenue par l'hôpital ne peut être communiquée à tous les autres candidats sans l'accord de celui-ci. En revanche, une solution proposée par l'acheteur doit être transmise à tous les candidats.

A l'issue de chacune de ces phases, l'hôpital peut écarter les candidats dont les réponses ne lui paraissent pas adaptées à son besoin. La sélection se fait alors suivant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché. Il en informe alors le ou les candidats concernés. Il poursuit le dialogue avec les candidats restants jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Pour les candidats, le dialogue servira à préciser leurs solutions notamment en faisant évoluer l'esquisse vers un APS, et en parvenant à un certain niveau de détail de réponses aux exigences/performances de la personne publique. Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les candidats, l'hôpital invitera ces derniers par le dossier de demande des offres finales, à remettre leur offre finale sur la base des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ce dossier des offres finales comprendra le règlement des remises des offres finales et le projet de contrat composé des quatre chapitres cités. Les offres remises par les candidats devront comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

La procédure de dialogue compétitif à Laval suit le calendrier présenté ci-dessous :



L'examen en détails de cette procédure de passation permet de mettre en évidence l'importance stratégique de la phase d'élaboration du contrat de BEAH.

## **2. L'importance stratégique de la phase d'élaboration du contrat**

En choisissant dès avril 2003 le bail emphytéotique pour la reconstruction de la maison de retraite, le centre hospitalier de Laval a anticipé sur les outils juridiques fournis par l'ordonnance du 4 septembre 2003 destinés à réaliser le Plan « Hôpital 2007 ». Cette anticipation l'a donc obligé à intégrer de nouvelles dispositions dans la conduite de l'opération, mais toutes n'ont pu l'être.

### **2.1. LES CONDITIONS PREALABLES NECESSAIRES MAIS NON REUNIES PAR LE CENTRE HOSPITALIER DE LAVAL**

Le contexte particulier du choix du BEAH au centre hospitalier de Laval a occulté les conditions préalables jugées nécessaires par la MAINH pour garantir la réussite de l'opération.

#### **2.1.1. La définition du programme nécessaire à la bonne conduite du dialogue**

La définition du programme visé aux articles L.6148-2 et L.6148-3 du code de la santé publique doit permettre d'établir un dialogue entre les différents acteurs (l'établissement hospitalier et le preneur). Ce programme précise également les performances à atteindre et facilite la négociation et le choix du titulaire dans le respect des principes de la commande publique.

Alors que les pratiques traditionnelles de maîtrise d'ouvrage faisait référence au programme technique détaillé, dans la procédure du BEAH on parle de « définition fonctionnelle des besoins »<sup>85</sup>. Contrairement au PTD, le programme fonctionnel est « moins détaillé ». La définition fonctionnelle des besoins transcrit les souhaits et les exigences de la personne publique en termes d'espace à construire. Elle précise également les grands principes de l'agencement fonctionnel des différents services ainsi que les principales exigences liées à la construction. « *Il s'agit de définir une liste de locaux minimums nécessaires pour satisfaire les besoins de l'EPS* »<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Loi n°2004-8006 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, article 153

<sup>86</sup> Guide BE – Partie 1 – Contenu du programme, MAINH-01 2004

La longue durée du bail rend cruciale la phase de définition des résultats attendus du projet. Comme cela est souligné dans l'ordonnance « Mattei » et dans sa circulaire d'application<sup>87</sup>, la préparation d'un contrat de type BEAH exige une implication très forte des équipes hospitalières pour élaborer le « programme fonctionnel des besoins ». Cette définition des besoins et performances attendus du projet doit être effectuée préalablement à la conclusion de tout bail emphytéotique<sup>88</sup>.

Dans le cas du centre hospitalier de Laval, cette définition fonctionnelle des besoins a été source d'ambiguïté. En effet, comme l'hôpital a d'abord engagé la procédure d'un BEA « ancienne version », il a continué à faire référence à la loi MOP. Il a ainsi fait appel à un cabinet extérieur pour définir un programme technique détaillé. Or ce document est par définition contraire à la philosophie du BEAH. En étant très détaillé, ce programme restreint la négociation lors du dialogue compétitif qui doit en principe aider un établissement à définir ses besoins. On peut en effet rappeler que cette procédure ne peut être utilisée que dans le cas où la personne publique « *n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet* »<sup>89</sup>. Avec un PTD, Le centre hospitalier de Laval n'était pas dans cette situation, il était capable de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs.

Toutefois, au cours du dialogue compétitif, le centre hospitalier a été amené à revoir les éléments du PTD. En effet, ces derniers ne permettaient pas de répondre aux objectifs fixés par l'établissement, notamment au niveau du coût. La négociation a donc permis de préciser les réponses techniques, en termes de surface essentiellement, pour répondre aux objectifs de coût financier. Finalement, le dialogue compétitif aura permis de recalculer le programme.

### **2.1.2. L'évaluation préalable au choix du BEAH**

Avant de choisir le BEAH, l'établissement doit procéder à une évaluation du projet en termes économiques, financiers et d'intérêt pour le service ; cette obligation est rappelée par l'ordonnance du 17 juin 2004 et la loi du 9 août 2004. L'EPS « *pourra vérifier que le projet répond à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en*

---

<sup>87</sup> Circulaire DHOS n° 2003-485 du 13 octobre 2003

<sup>88</sup> Sont concernés les trois types de BEAH : BEAH passé par une collectivité territoriale sur son domaine propre pour les besoins d'un EPS, BEAH passé par un EPS pour ses besoins propres, BEAH passé par un EPS pour les besoins d'un autre EPS avec lequel il conduit une action de coopération.

<sup>89</sup> Article 29 de la directive « classique », précitée et joint en annexe II.III

*raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »<sup>90</sup>. Comme il a été mentionné précédemment, l'opération de la construction de la maison de retraite ne semble pas a priori entrer dans l'une de ces deux hypothèses.*

La circulaire du 13 octobre 2003 relative à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 septembre 2003 prévoit explicitement que *« le choix de la modalité de réalisation de l'investissement la plus adaptée nécessite une analyse préalable des avantages et inconvénients de chacune de ces possibilités : financiers, techniques, délais de réalisation »*. Il s'agit pour l'EPS de vérifier que les conditions nécessaires au lancement de l'opération sous la forme d'un BEAH soient réunies. A ce titre, l'Institut de Gestion Déléguée a publié un rapport<sup>91</sup> procédant à l'identification et à la description des différents éléments susceptibles de permettre les analyses comparatives. Ce rapport vise à apporter aux différents responsables publics les éléments nécessaires pour choisir les procédures les mieux adaptées aux objectifs qu'ils auront déterminés au préalable. De même, il est prévu que la MAINH produise un guide méthodologique de comparaison économique entre procédure classique et recours au BEAH. Ce cadre de comparaison fera suite au guide de mise en œuvre du bail emphytéotique élaboré en janvier 2004. Son objectif est de fournir une aide technique aux personnes publiques qui s'interrogent sur la pertinence de recourir à une autre procédure que celle prévue par la loi maîtrise d'ouvrage publique (MOP). Cette démarche doit donc permettre de comparer :

- D'une part, une opération réalisée dans le cadre de la procédure publique en loi MOP, avec contrats séparés pour la maîtrise d'œuvre, la réalisation et la maintenance/exploitation ;
- D'autre part, une opération réalisée dans le cadre d'un BEAH. Ce contrat englobera le financement, la conception, la construction du bâtiment, la maintenance et l'exploitation du bâtiment et éventuellement un ensemble de prestations de services liées à ce bâtiment.

Il s'agit de répertorier l'ensemble des coûts que devrait supporter la personne publique si elle réalisait son opération dans le cadre de la loi MOP et de les comparer à ce qu'elle paierait si elle choisissait le BEAH. L'idée sous-jacente est de donner une idée à la personne publique des coûts totaux encourus sur l'ensemble de la vie des deux projets.

---

<sup>90</sup> Décision du Conseil Constitutionnel du 26 juin 2003, précitée

<sup>91</sup> « Evaluation des contrats globaux de partenariat ». Principes, méthode et comparaison. IGD, Le Moniteur n° 5235 du 20 mars 2004, cahier détachable

La méthode de comparaison comporte plusieurs thèmes d'analyse :

1. **Les délais des deux procédures** : il s'agit d'apprécier la durée des deux procédures, du choix du programmiste à l'emménagement dans le bâtiment.
2. **La comparaison de l'ensemble des coûts** : elle consiste à évaluer les coûts de conception, de réalisation, de maintenance, d'exploitation, de financement et des services apportés aux usagers du bâtiment.
3. **La qualification des risques associés** aux deux solutions : l'identification des risques associés aux deux opérations est un des éléments clés de la démarche. Cependant, en loi MOP, la personne publique tend généralement à ne pas quantifier les risques inhérents au projet et à ne pas les retenir pour le calcul de son coût de financement. Ces coûts restent implicites. Dans la solution en BEAH, un transfert de risques s'opère de la personne publique vers le preneur. La comparaison objective des deux solutions nécessite de réintégrer les coûts des risques de la solution en loi MOP qui sont traditionnellement assumés par la personne publique sans pour autant être quantifiés (cf. tableau récapitulant les risques, p.62).
4. **L'évaluation des coûts du financement** des deux solutions ; le surcoût de financement de la solution du BEAH aura pour contrepartie un réel transfert de risques au preneur au bail.
5. **La quantification de la valeur actuelle nette** des deux options : elle permet de comparer deux investissements dont les coûts et les risques chiffrés interviennent à des moments différents. Plus les coûts d'un projet sont payés en fin de période, plus leur valeur actualisée sera faible.
6. **L'impact sur la capacité de financement de l'hôpital** est un élément clé de la comparaison.
7. **Les impacts socio-économiques** : du fait de la difficulté à quantifier ces impacts, seuls les impacts fiscaux et ceux liés aux délais des projets seront dans un premier temps intégrés à la comparaison.
8. **Les aspects qualitatifs** : la qualité du service rendu sera déterminante dans la mesure où la mission principale d'un hôpital est de délivrer un service de qualité aux patients.
9. **L'appréciation globale** des deux projets.

Cette démarche méthodologique est censée servir de support au dialogue avec les différentes instances de validation. Or à l'hôpital de Laval, le choix du BEAH n'a pas donné lieu à une telle comparaison, qui aurait été discutée par les instances. Cependant, on retrouve des éléments qui ont été déterminants dans le choix de Laval (l'impact sur la capacité de financement et les délais, essentiellement).

Mais cette démarche peut être considérée comme évolutive. Des utilisations ultérieures pourraient être envisageables pour le centre hospitalier de Laval. Elle pourrait, par exemple, permettre de comparer les offres proposées par les consortiums mis en concurrence, et de tester le réalisme des hypothèses avancées dans leurs modèles. Par ailleurs, quand le bail et la convention seront signés avec le lauréat, ce cadre méthodologique pourra également servir au suivi de la réalisation du contrat et à la mesure des écarts par rapport aux prévisions. L'évaluation à Laval sera donc une évaluation ex post.

Une dernière condition semble importante pour garantir le succès d'une opération de BEAH, elle concerne le management participatif du projet.

### **2.1.3. Prévoir un management participatif des projets et des compétences par le recours aux missions d'assistance**

Comme l'affirment Jean-Jacques ROMATET et Jean-François LEFEBVRE, respectivement directeur général et directeur de la stratégie et des travaux au CHU de Nice, « *associer les acteurs en les plaçant en situation de responsabilité est déterminant* »<sup>92</sup>. Pour garantir le succès d'un projet, il faut privilégier une méthode itérative d'écoute, d'analyse et d'arbitrage permanent, en investissant pleinement le champ de la stratégie hospitalière, pour donner aux acteurs toutes les possibilités d'acceptation, voire d'adhésion, aux différentes étapes du choix. Un management participatif d'un projet, comme celui de la reconstruction de la maison de retraite à l'hôpital de Laval, consiste à informer largement les acteurs, à multiplier les concertations sur l'organisation des secteurs fonctionnels, favorisant ainsi une démarche d'appropriation du projet. La définition fonctionnelle des besoins a été l'occasion d'une véritable concertation car elle s'est faite collectivement, notamment dans le cadre de l'élaboration du projet de vie.

Par ailleurs, la complexité d'un tel projet peut justifier le recours à une mission d'assistance comme le recommande la MAINH<sup>93</sup>. En effet, les acteurs d'un projet ne jouent pas les mêmes rôles dans une opération classique « MOP » que dans une opération réalisée par voie de bail emphytéotique. Dans une opération classique « MOP », la personne publique confie à un contrôleur technique une mission pour

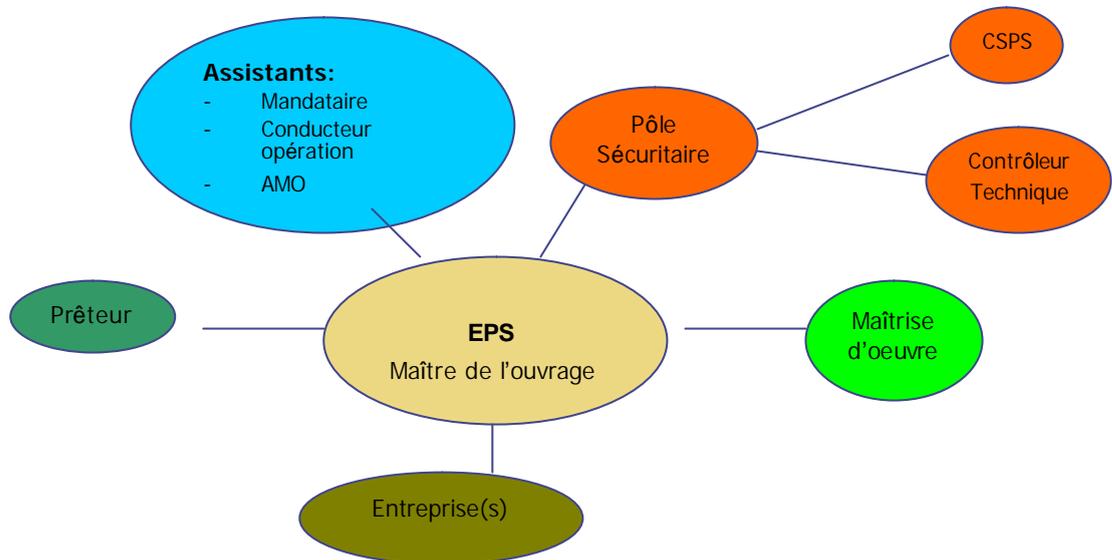
---

<sup>92</sup> « Maîtrise d'ouvrage. Une organisation au service d'une volonté », in *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre – octobre 2003

<sup>93</sup> Guide BE – Partie 1 – La commande des missions d'assistance, MAINH, avril 2004

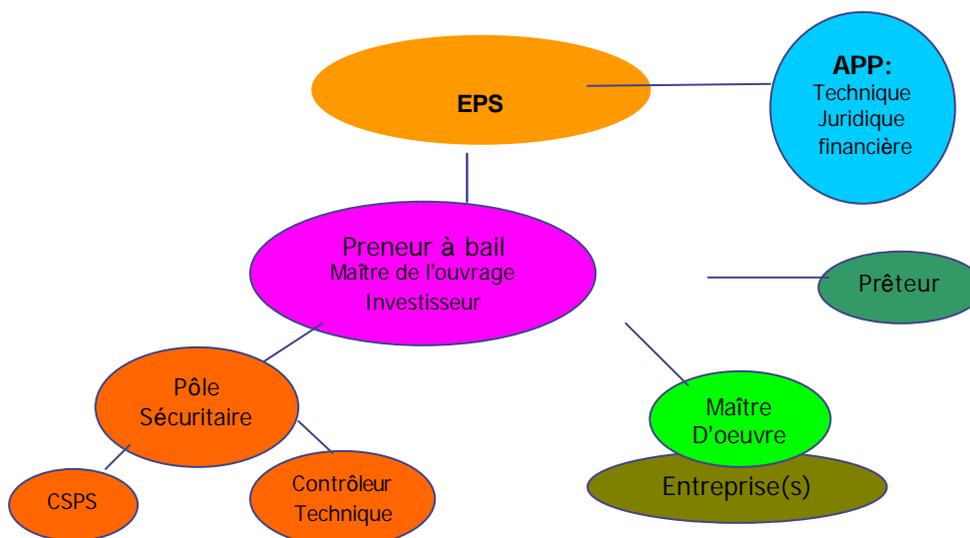
l'assister dans les domaines de la solidité de l'ouvrage, de la sécurité, ou sur le fonctionnement.

Les acteurs dans une opération classique « MOP »<sup>94</sup>



Pour les opérations réalisées par voie de BEAH, la personne publique n'aura plus directement à ses côtés le contrôleur technique ou l'équipe de maîtrise d'œuvre pour la conseiller et pour l'aider à faire les choix. Ces différents acteurs ne seront plus « pilotés » par l'établissement public de santé, mais bénéficieront de contrats avec le preneur à bail.

Les acteurs dans une opération « BEAH »<sup>95</sup>



<sup>94</sup> idem  
<sup>95</sup> idem

Dès lors, « le rôle technique de l'assistance à la personne publique (APP) se trouve accentué par rapport à des prestations classiques d'assistance dans le cadre d'une opération « MOP »<sup>96</sup>. La personne publique devra s'entourer de compétences techniques pour contrôler le preneur à bail comme le précise l'ordonnance « Mattei », non seulement après la signature du bail mais également pour tout le déroulement de la construction jusqu'à la livraison de l'ouvrage.

Pour l'APP, dont la mission se termine à la signature du bail, la MAINH distingue différentes phases avec des missions spécifiques à réaliser :

Phase 1 : Assistance pendant les études préparatoires,

Phase 2 : Rédaction du programme de l'opération,

Phase 3 : Apport des premiers outils permettant de mettre en place et de suivre les négociations,

Phase 4 : Assistance pendant la phase de dialogue avec les candidats,

Phase 5 : Assistance pour la mise en forme des compléments au programme.

Pour ces différentes phases, la mission concerne différents domaines : l'assistance technique pour la rédaction du programme et l'analyse fonctionnelle et économique des différents projets ; l'assistance juridique permettant de rédiger les clauses du BEAH ; l'assistance financière pour élaborer des stratégies et d'analyser les propositions des consortiums.

L'hôpital de Laval a eu recours à une assistance technique et juridique, mais seulement pour les phases 1 et 2 (pendant les études préparatoires et pour la rédaction du programme de l'opération). C'est en effet le Cabinet Cérur qui a rédigé le programme technique détaillé. Mais il faut se rappeler du contexte particulier de cette rédaction. A l'époque, l'hôpital envisageait un BEA « ancienne version », d'où la référence au PTD au lieu de la référence à la « définition fonctionnelle des besoins » prévue pour le BEAH. Après avoir choisi de suivre les dispositions de l'ordonnance « Mattei » et donc de recourir au BEAH, l'hôpital a fait appel à un cabinet d'avocat pour rédiger le projet du contrat de bail.

L'APP s'est donc terminée bien avant la signature du bail. Malgré les recommandations de la MAINH, l'hôpital ne sera pas assisté pour mettre en place les négociations, ni pendant le dialogue compétitif.

Mais surtout et comme le mentionne le guide de la MAINH, la question de l'assistance se pose également après la signature du bail. Pour cela, l'hôpital va constituer une équipe projet qui suivra également les autres opérations d'investissement,

---

<sup>96</sup> idem

notamment celles du Plan «Hôpital 2007 ». Ce sera essentiellement une assistance technique puisque l'hôpital compte recruter des ingénieurs pour cette mission.

Remplir ces conditions préalables permet à un établissement qui opte pour un BEAH de mieux appréhender les négociations du contrat, moment clé de la procédure de passation.

## 2.2. LES NEGOCIATIONS DU CONTENU DU BEAH

Les négociations du contenu du BEAH portent sur plusieurs points : l'allocation des risques, le loyer, la durée du bail, la maintenance et l'entretien.

### 2.2.1. L'allocation optimale des risques

Selon l'article L.6148-5-III du code de la santé publique<sup>97</sup>, « *la répartition des risques entre chacune des parties aux baux et conventions doit être clairement identifiée* ». L'analyse des risques n'est pas propre au BEAH et concerne tous les types de projets. Cependant, elle revêt une forme particulière dans le cas d'un BEAH puisque l'objectif même de ce type de contrat est de transférer une partie des risques à un acteur privé.

Dans un projet traditionnel, le donneur d'ordres n'a aucun recours à l'encontre du constructeur si l'ouvrage commandé est conforme aux caractéristiques techniques prévues mais ne répond pas à ses besoins. En outre, il appartient au donneur d'ordres de s'assurer que le bien est adéquat pour satisfaire ses attentes. Il doit également faire le nécessaire tout au long du projet pour que le bien soit maintenu et entretenu afin qu'il puisse continuer pleinement à être utilisé pour l'usage auquel il était destiné.

Dans une approche PPP, l'objet du contrat est non pas la fourniture d'un bien mais la satisfaction du besoin exprimé par le donneur d'ordres et, tout au long du contrat, le prestataire est responsable de l'adéquation du bien immobilier aux attentes exprimées par le donneur d'ordres. Dans le cadre d'un BEAH, c'est au prestataire qu'il appartiendra de s'assurer que les constructions sont adéquates pour fournir le service attendu et d'assumer la maintenance des constructions au niveau requis par le contrat. Si des services autres que la maintenance sont prévus par la convention non détachable, le titulaire du BEAH devra faire en sorte que l'infrastructure construite dans le cadre de cette opération soit à même de permettre la fourniture de ces services.

---

<sup>97</sup> Devenu article L.6148-5-2 du CSP avec la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

L'analyse des risques consiste à identifier, évaluer et estimer la probabilité d'occurrence des risques pour ensuite les affecter aux différents acteurs. Les risques peuvent être classés en trois grandes catégories pour les différentes phases du contrat (conception, construction, exploitation et fin du contrat)<sup>98</sup>: les risques pouvant être transférés au secteur privé, les risques maintenus sous le contrôle du secteur public, et les risques partagés entre les acteurs publics et privés.

<b>Conception</b>	<b>Privé</b>	Erreurs dans la conception ou conception défectueuse Modification de la conception par le preneur Décalage de la conception
	<b>Partagés</b>	Aucun
	<b>Public</b>	Modifications des spécifications par l'EPS Modification de la conception du fait d'une réglementation nouvelle spécifique à l'EPS
<b>Construction</b>	<b>Privé</b>	Retard dans l'obtention du PdC et autres autorisations Erreurs dans la construction / construction défectueuse Erreur d'estimation de la durée des travaux Défaillance du constructeur Mouvements de grève du consortium/ des sous-traitants. Sécurité / maintenance du chantier Dommages causés aux tiers Réglementation nouvelle non spécifique à l'EPS Erreur dans l'estimation du prix de la vente du surplus de terrain
	<b>Partagés</b>	Retard dans l'accès au site (selon la raison) Autorisations d'urbanisme tardives Force majeure
	<b>Public</b>	Archéologie Réglementation nouvelle spécifique à l'EPS
<b>Exploitation</b>	<b>Privé</b>	Vices cachés Services non performants ou non suffisants Erreur d'estimation du coût de la maintenance Mauvaise coordination ou mauvaise performance des sous-traitants. Défaillance du consortium ou des sous-traitants. Grève du personnel chargé de l'exploitation des services
	<b>Partagés</b>	Force majeure Augmentation soudaine et inattendue de l'activité de l'EPS
	<b>Public</b>	Spécifications des services modifiées par l'EPS. Variation importante de l'activité de l'EPS (quantitatif ou qualitatif)
<b>Fin du contrat</b>	<b>Privé</b>	Faute du preneur
	<b>Partagés</b>	Force majeure
	<b>Public</b>	Faute de l'EPS Retour des biens à l'EPS en fin de contrat et coûts liés au rachat

La question de l'allocation des risques doit être abordée dès la définition du projet. Il peut être tentant pour le donneur d'ordres public de faire supporter à son prestataire le

<sup>98</sup> *Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne*, MIQCP, novembre 2003

maximum de risques possible, mais il est préférable de s'en tenir à une répartition optimisée qui vise à attribuer à chaque partie les risques qu'elle est le mieux à même de gérer. A défaut, le prestataire aura tendance à majorer ses prix pour tenir compte des aléas hors de son contrôle. De même, les établissements bancaires qui apportent le financement regarderont attentivement l'allocation des risques et en tiendront compte directement dans leurs propositions. Une répartition des risques non rationnelle aura par conséquent un effet négatif direct sur la bancabilité du projet et sur le coût de son financement, ce qui pourrait se répercuter sur le loyer.

### **2.2.2. La détermination du loyer et de la durée du bail**

Le choix du PPP emporte d'importantes conséquences en ce qui concerne la rémunération du projet. C'est le prestataire qui doit trouver auprès des établissements bancaires les fonds nécessaires pour supporter les coûts de développement et de construction et la rémunération versée par le donneur d'ordres est la contrepartie de la mise à disposition de l'ouvrage et de la fourniture d'autres services pendant toute la durée du projet. Le versement de la rémunération –le loyer- commence généralement à compter de l'entrée en service du bien et couvre l'intégralité de la prestation. Le loyer versé par l'établissement de santé au prestataire inclut l'ensemble des coûts relatifs au maintien en état de l'ouvrage tout au long du contrat.

Le code de la santé publique impose une stricte transparence concernant le calcul de la rémunération du prestataire, à peine de nullité du contrat. Il dispose que les baux doivent comporter des précisions portant notamment sur la transparence et les règles relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l'assiette de la rémunération de l'emphytéote et leur évolution<sup>99</sup>. Le loyer est calculé sur la base de trois termes (t), ainsi qu'il en est prévu par l'article L.6148-6 du code de la santé publique :

- t1 relatif aux coûts des investissements,
- t2 relatif aux coûts de fonctionnement (maintenance et exploitation),
- t3 relatif aux coûts financiers.

Pour calculer le loyer, le centre hospitalier prend comme base le tarif hébergement appliqué dans la maison de retraite. Sur les trois sections du tarif de journée en maison de retraite (hébergement, dépendance, soins), c'est celle de l'hébergement qui financera le loyer du bail. Dès lors, pour fixer le montant du loyer, discuté pendant le dialogue compétitif, l'hôpital a calculé les ressources disponibles:

---

<sup>99</sup> Article L.6148-5 du code de la santé publique

$$\text{Tarif hébergement} \times \text{nombre de journées}^{100} = \text{ressources disponibles}^{101}$$

Toutefois, puisqu'elles portent sur une prestation qui s'étale dans le temps, les relations de PPP doivent pouvoir évoluer afin de s'adapter aux changements de l'environnement macroéconomique ou technologique, ainsi qu'aux besoins de l'intérêt général. Cette évolution peut avoir une incidence sur le loyer. « *De manière générale, le droit communautaire des marchés publics ne s'oppose pas à la possibilité de prendre ces évolutions en compte, pour autant que ceci soit fait dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence* »<sup>102</sup>. Ainsi, selon la Commission européenne, les documents de consultation, transmis aux candidats lors de la procédure de sélection, peuvent prévoir des clauses d'ajustement automatique, telles que des clauses d'indexation de prix, ou établir les circonstances en vertu desquelles une révision des tarifs perçus sera possible. Ils peuvent également prévoir des clauses de révision, dans la mesure où celles-ci identifient précisément les circonstances et les conditions dans lesquelles des ajustements pourront être apportés à la relation contractuelle. Mais il importe que ces clauses soient suffisamment claires pour permettre aux opérateurs économiques de les interpréter de la même manière lors de la phase de sélection du partenaire.

Le projet de contrat du BEAH prévoit un réexamen des conditions financières. Pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques et techniques et pour s'assurer que les formules d'indexation demeurent bien représentatives des coûts réels, le niveau de la redevance, d'une part, et la structure des formules d'indexation d'autre part, devront être soumis à réexamen, à l'initiative de l'une ou l'autre partie, notamment en cas de survenance d'évènements extérieurs et imprévisibles entraînant un déséquilibre financier significatif du contrat. La question se pose notamment pour l'actualisation des tarifs d'hébergement.

En ce qui concerne la durée du bail, le Livre vert de la Commission européenne sur le PPP<sup>103</sup> rappelle que la période au cours de laquelle le partenaire privé assumera l'exploitation d'un ouvrage ou d'un service doit être fixée en fonction de la nécessité de garantir l'équilibre économique et financier d'un projet. En particulier, « *la durée de la relation de partenariat doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre*

---

<sup>100</sup> Le nombre de journées se calcule de la façon suivante : nb lits (140) x 365 x coefficient d'occupation (0,9) = 50 000

<sup>101</sup> Mais l'ensemble des ressources disponibles ainsi obtenues ne sont pas affectées au loyer, voir annexe V.III

<sup>102</sup> Doc. COM (2004), 327 final, 30 avr.2004, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions: JCP A 2004, act.254

<sup>103</sup> idem

*concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis »<sup>104</sup>.*

Ainsi, et comme le précise le projet du contrat de BEAH, la durée de la mise à disposition est identique à celle du bail emphytéotique, étant précisé qu'elle intervient le jour de l'émission du procès-verbal de mise à disposition. Elle prend effet à la date d'achèvement des travaux, et elle prend fin en même temps que le bail emphytéotique, pour quelque motif que ce soit. L'hôpital de Laval a choisi un bail de trente ans. Cette longue durée rend d'autant plus importante la définition du volet opérationnel de la convention concernant la maintenance et l'entretien.

### **2.2.3. Le volet opérationnel de la convention non détachable : les modalités de maintenance et d'entretien**

La convention non détachable fixe les conditions dans lesquelles, après la réception, la société met à disposition de l'hôpital les ouvrages.

De l'expérience de la Commission européenne en ce qui concerne les modalités de la mise à disposition, l'application des règles relatives à la sous-traitance donne parfois lieu à des incertitudes ou interrogations dans le contexte des montages de PPP. En effet, on connaît les difficultés qu'éprouvent en pratique les établissements pour assurer la maintenance de leurs infrastructures. Rapportée à la durée d'exploitation d'une installation, cette fonction indispensable représente en valeur plusieurs fois son coût de construction et requiert de plus en plus une technicité accrue. On constate souvent – et notamment à Laval – que, dans les budgets de fonctionnement, les crédits de maintenance sont parmi les premiers postes sacrifiés. Il en résulte inévitablement une dégradation des infrastructures (qui génère elle-même des surcoûts importants).

Dans un projet de PPP comme le BEAH, la maintenance de l'ouvrage est une charge assumée par le prestataire pendant toute la durée du contrat, sous les règles de contrôle et de sanction décrites dans la convention de mise à disposition. Ainsi, la qualité des prestations – de même que la valeur de l'ouvrage devant revenir en fin de bail à l'établissement – sont maintenues tout au long du projet, sans que l'établissement ait à effectuer des versements autres que la rémunération prévue. Dans le cadre de la mise à disposition du bâtiment à l'hôpital, la convention doit prévoir que le prestataire retenu est chargé de l'entretien et de la maintenance technique du bâtiment, ainsi que du gros entretien et renouvellement des installations techniques liées au bâtiment. Les exigences

---

<sup>104</sup> idem

en termes d'entretien et de maintenance sont à fixer dans un programme annexé au contrat après avoir été négociées. Ce dernier prévoit également que le prestataire devra provisionner régulièrement et en quantité suffisante dans sa comptabilité les sommes nécessaires pour exécuter ses obligations de gros entretien et de réparation.

A contrario, les modifications ou les ouvrages supplémentaires intervenant dans les dix dernières années du contrat et non prévus dans le plan de renouvellement seront à réaliser à l'initiative de l'hôpital ou du cocontractant privé. Ce dernier réalisera alors ces modifications ou ces ouvrages supplémentaires avec l'accord de l'hôpital et après avoir précisé les conditions financières qui en découleront.

Enfin, cette convention doit préciser que les travaux de mise en conformité de l'équipement avec les règlements techniques et administratifs postérieurs à la date d'entrée en jouissance du bâtiment seront financés et réalisés par la société, soit à son initiative, soit à la demande de l'hôpital. La rémunération de la société pourra alors être révisée afin d'intégrer l'ensemble des coûts supplémentaires d'investissement et de fonctionnement. Ces travaux devront faire l'objet d'avenants précisant leur nature, leurs coûts, leurs modalités de réalisation ainsi que les nouvelles conditions de rémunération de la société.

Tous ces points doivent donc être clairement énoncés lors de la phase d'élaboration du contrat pour éviter d'éventuelles difficultés pendant la phase d'exploitation.

### 2.3. LA DEFINITION DES MODALITES DE SUIVI DU CONTRAT DES LA NEGOCIATION DU BEAH

En phase d'exploitation, le suivi du contrat est exposé essentiellement à deux questions. La première concerne la mesure et la sanction de la performance du prestataire. La deuxième concerne les aménagements éventuels du contrat qui peuvent se révéler nécessaires.

#### **2.3.1. La mesure et la sanction de la performance du prestataire**

La durée et la complexité sont deux caractéristiques essentielles des contrats de BEAH. Il est donc particulièrement important que les futurs donneurs d'ordres publics (les EPS) prennent la dimension de cette complexité et se dotent de ressources nécessaires pour assurer un suivi adéquat de ces contrats. Ce suivi est nécessaire pour s'assurer de la bonne exécution des prestations. La pérennité de la qualité des prestations implique que les prestations fournies soient évaluées d'une manière régulière et rigoureuse,

notamment pour la mise en œuvre des mécanismes de pénalités affectant la rémunération.

En Grande-Bretagne, les critères de performance établis dans un contrat de PFI<sup>105</sup> ne sont pas simplement la description du résultat attendu mais associent également une description détaillée des différents aspects du service attendu (méthodes, fréquence, comportement...). Ces critères sont accompagnés d'un dispositif de contrôle de la performance, d'une typologie des manquements et des mécanismes de réduction du prix si la performance s'avère insatisfaisante. Par exemple, dans un PFI portant sur la conception, la construction, le financement et l'exploitation d'un hôpital public (hors médical) en Grande-Bretagne (Greenwich hospital PFI), la mission globale se subdivise comme suit : immobilier ; gardiennage ; ménage ; blanchisserie ; restauration ; services de transport... Chacun de ces domaines est décrit et subdivisé dans les annexes techniques du contrat et comporte une liste de manquements-types associés à des points de non-performance dont découle une sanction financière automatique en fonction de leur gravité. Les points se cumulant pour tous les domaines du service confié, aucun aspect de la prestation globale ne peut être négligé.

La conception d'un tel régime de performance en France, notamment pour le BEAH, implique une réflexion approfondie sur la prestation attendue dans ses différents aspects. Le contrat devra prévoir à cet égard les modalités de contrôle et de sanctions dans différents domaines :

- la réalisation de l'ouvrage avec contrôles techniques des travaux et des contrôles financiers prévoyant un avis préalable obligatoire de l'hôpital sur les projets de contrat de la société relatifs aux financements et garanties de financement ;
- Les contrôles en matière de maintenance et d'entretien pourront consister en des comptes-rendus produits par la société pour vérifier que la maintenance et l'entretien correspondent aux exigences du programme. Mais des contrôles sur place et sur pièces également pourront s'intensifier en cas de maintenance et d'exploitation insuffisantes.

Cette mesure de la performance doit conduire à une sanction. Ainsi, lors de la réalisation des travaux, le contrat doit prévoir des pénalités en cas de non-respect des exigences du programme et de retard imputable au consortium. De même, suite aux contrôles sur la maintenance et l'entretien, des sanctions financières pourront être prévues dans plusieurs hypothèses. C'est le cas, par exemple, pour l'indisponibilité ou la

---

<sup>105</sup> voir annexe IV

non fonctionnalité d'un local dues au retard, à l'interruption ou à l'insuffisance d'une prestation. Le montant des pénalités sera imputé sur le montant à échoir du loyer dû par l'hôpital. Mais les sanctions peuvent être plus radicales, pouvant conduire à des aménagements, voire à la résiliation du contrat.

Dans un cas extrême de défaillance du prestataire pouvant donner lieu à résiliation du contrat, et sur le modèle des contrats de PFI en Grande-Bretagne, l'accord exprès de l'hôpital sera requis, non seulement sur le principe de la mise en œuvre de la clause de « step in », par lesquelles les banques peuvent prendre temporairement le contrôle du projet, mais aussi sur la personne du nouveau prestataire. En effet, le BEAH étant conclu suivant une procédure (spécifique) de mise en concurrence et selon le principe de *l'intuitu personae*, l'emphytéote/prestataire devra en principe exécuter personnellement le contrat, de sorte que toute substitution de contractant ou cession du bail devrait être subordonnée à l'agrément du donneur d'ordres public et à la condition que les éléments essentiels du contrat ne soient pas modifiés.

De même, les contrats de PFI contiennent souvent des clauses permettant au donneur d'ordres de (re)prendre le contrôle du projet en cas d'urgence et de carence manifeste du prestataire. Tel est le sens de la disposition de l'article L.6148-5 IV du code de la santé publique (issue de l'ordonnance « Mattei ») selon laquelle les « *baux doivent, à peine de nullité, comporter des clauses portant sur [...] les moyens d'assurer la continuité du service* ».

Ce ne sont que des hypothèses extrêmes de défaillance du prestataire, peu envisageables. En revanche, des aménagements nécessaires au contrat en cours de réalisation sont plus probables.

### **2.3.2. Les aménagements nécessaires au contrat**

Il est possible que l'évolution des circonstances sur la longue durée rende nécessaires des aménagements au contrat. Ces aménagements peuvent s'appliquer d'une manière automatique (par exemple, une augmentation de la rémunération en fonction de la variation d'un indice de référence), mais ils peuvent aussi requérir l'ouverture de discussions. Cependant, ces évolutions doivent s'effectuer sans remettre en cause l'équilibre du contrat, notamment sur le plan financier. Autrement dit, les avenants et actes modificatifs du contrat initial ne doivent pas affecter l'économie générale du contrat, et ce afin de respecter les conditions initiales de la mise en concurrence des candidats.

Or d'une manière générale, les modifications intervenant en cours d'exécution d'un PPP, lorsqu'elles ne sont pas encadrées dans les documents contractuels, ont le plus

souvent pour effet de remettre en cause le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques<sup>106</sup>. Ces modifications non encadrées ne sont alors acceptables que lorsqu'elles sont rendues nécessaires par un événement imprévisible, ou lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. En outre, toute modification substantielle, visant l'objet même du contrat, doit être assimilée à la conclusion d'un nouveau contrat, impliquant une nouvelle mise en concurrence. Toutefois l'article 61 de la nouvelle directive 2004/18/CE prévoit pour les concessions de travaux une exception permettant une attribution directe et sans mise en concurrence des travaux ou des services complémentaires, ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou le premier contrat conclu.

Les contrats de type PFI en Grande-Bretagne comportent généralement des clauses dites « de rendez-vous », par lesquelles les parties s'engagent à se rencontrer régulièrement pour revoir les prestations fournies dans le cadre du contrat et, éventuellement, convenir de les modifier. En ce qui concerne le BEAH, ces modifications pourront, par exemple, porter sur :

- la révision du prix d'un service fourni dans le cadre du BEAH, si une analyse du marché fait apparaître que le coût de ce service est devenu manifestement trop élevé ou trop bas ;
- la prise en compte dans le montant de la rémunération du contrat de l'effet bénéfique d'un refinancement de la dette du projet à des conditions plus favorables ;
- l'adaptation des services pour prendre en compte des besoins nouveaux. Dans ce cas, l'une des questions essentielles sera la manière dont sont répercutés les surcoûts qui peuvent résulter de ces modifications.

La négociation de ces aménagements pourra éventuellement compliquer le suivi du contrat en phase d'exploitation. Il importe donc d'accorder une attention toute particulière à l'élaboration du contrat pour encadrer la négociation ultérieure. Toutefois, lors de l'élaboration du contrat, des difficultés peuvent apparaître comme ce fut le cas à Laval. Cette constatation nous amène à évoquer quelques incertitudes qui demeurent sur le BEAH ainsi que ses perspectives.

---

<sup>106</sup> Voir affaire C-337/98, *Commission c. France*, arrêt du 5 octobre 2000. Le droit communautaire s'oppose également à des modifications intervenues pendant la phase de mise au point du contrat, après la sélection finale du soumissionnaire retenu. Les nouvelles dispositions régissant le dialogue compétitif prévoient à cet égard que le soumissionnaire retenu ne peut que « clarifier des aspects de son offre ou confirmer des engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier les éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations ».

### 3. Quelques incertitudes sur l'avenir du BEAH et du PPP

L'avenir du BEAH dans le secteur hospitalier reste aujourd'hui soumis à quelques incertitudes, qui peuvent, au demeurant être étendues à d'autres secteurs pour lesquels l'ordonnance sur les contrats de partenariat du 17 juin 2004 a généralisé le PPP. L'ordonnance du 4 septembre 2003 devra donc cohabiter avec cette dernière.

#### 3.1. LES QUESTIONS EN SUSPENS

Ce sont essentiellement des questions financières et juridiques qui pourraient hypothéquer l'avenir du BEAH. Mais les acteurs de la construction publique ont également soulevé la question de l'équilibre nécessaire des missions entre ces acteurs qui risquerait d'être remis en cause.

##### 3.1.1. Les incertitudes financières et budgétaires

###### *3.1.1.1. Le BEAH présente un risque d'appauvrissement du patrimoine de l'EPS*

Le recours à ce montage présente un inconvénient tenant au fait que les biens en location n'appartiennent pas à l'actif de l'établissement. Par conséquent ils ne font pas l'objet d'amortissement et ne permettent pas d'alimenter la capacité d'autofinancement de l'établissement. D'après des estimations sommaires, on peut retenir le montant de 13.500.000 euros<sup>107</sup> pour cette opération de reconstruction. Dès lors, l'hôpital perd 13.500.000 euros d'amortissement (avec des annuités constantes ou non sur 20 ou 30 ans<sup>108</sup>). Ceci s'explique par le fait que contrairement au recours à l'emprunt et à l'autofinancement, avec un BEAH, l'établissement finance l'opération par le paiement de loyers (section d'exploitation). L'EPS finance en fait l'opération en groupe 3.

Pendant la construction, l'EPS doit donc utiliser son autofinancement (groupe 4) pour acheter du matériel et des équipements, si ceux-ci ne sont pas fournis par le groupement privé, ce qui peut être le cas lorsque ce dernier est impliqué dans leur mise en oeuvre (blanchisserie, cuisine, chauffage). Si tel est le cas, les amortissements de l'EPS risquent d'être fortement réduits, ce qui nécessite d'accroître les provisions pour grosses réparations pour d'autres établissements. Pour la maison de retraite de Laval, le

---

<sup>107</sup> Correspondant non seulement au coût des travaux proprement dits (11.000.000 euros) mais également aux frais d'études, aux honoraires des architectes...

<sup>108</sup> Voir les simulations financières, annexe VI

matériel et les équipements ne seront pas fournis par le groupement privé, l'hôpital pourra donc utiliser le groupe 4 pour les financer.

### *3.1.1.2. Le PPP présente des risques en termes de coût global*

La deuxième interrogation que suscitent ces partenariats est celle du coût global pour l'établissement public de santé. Il faut reconnaître que cette question fait l'objet de beaucoup d'approximations aujourd'hui, faute de disposer suffisamment de recul et d'outils de réelle comparaison entre les quelques exemples de recours à des formes de partenariat public-privé et le recours aux solutions classiques de réalisations d'ouvrages. Il faut d'ailleurs raisonner à plusieurs niveaux sur cette question de coût.

Les premiers éléments de coût doivent, en effet, s'apprécier, toutes choses égales par ailleurs, en retenant le coût du portage financier. La comparaison entre les taux obtenus par une personne publique et ceux obtenus par un opérateur privé et la prise en charge par le même opérateur privé du portage de l'opération amènent à un surcoût. A titre d'exemple, le financement des lycées en METP a coûté à la région Ile-de-France 8,93% sur la période 1994-2000, contre 6,68% pour le coût de ses emprunts sur la même période<sup>109</sup>. En effet, l'opérateur doit se refinancer à 100% auprès des organismes bancaires. Il bénéficie le plus souvent de taux d'intérêt supérieurs à ceux des collectivités publiques et notamment des hôpitaux en raison du « risque signature » qui impose aux organismes prêteurs de se couvrir de manière plus importante en vertu du « ratio Cook »<sup>110</sup>.

Par ailleurs, le recours à la plupart des nouveaux montages juridiques interdit aux établissements publics de santé de bénéficier des subventions d'investissement auxquelles ils auraient pu prétendre. En effet, ils ne seront pas propriétaires des constructions réalisées et l'opérateur ne sera pas, le plus souvent, éligible à ces subventions (subventions d'Etat, des collectivités territoriales, du fonds européen de développement régional).

De plus, la fiscalité propre aux baux de longue durée majore de manière significative le coût de l'opération. Contrairement aux opérations de PPP, les opérations réalisées en régie directe et les biens appartenant aux EPS ne sont pas assujettis aux divers droits et taxes (taxe foncière sur les propriétés bâties et non bâties, droit d'enregistrement ou taxe sur la valeur ajoutée [TVA], taxe de publicité foncière, ...).

---

<sup>109</sup> Communication du président de la région au conseil régional du 29 avril 2004, relative aux observations définitives de la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France sur la période 1995-2001

<sup>110</sup> Ratio de solvabilité imposant un rapport minimum entre les fonds propres et le total des actifs

Au total, l'hôpital avait à l'origine estimé les travaux à environ 11.000.000 euros et l'opération totale à 13.500.000 euros. Suivant les diverses propositions des candidats<sup>111</sup>, et des estimations internes, l'hôpital doit envisager de payer un loyer annuel d'environ 1.000.000 euros TTC. Si on retient l'hypothèse d'un bail de 30 ans comme il l'avait été envisagé, la reconstruction de la maison de retraite coûtera à l'hôpital 30.000.000 euros. Même si aucune évaluation préalable n'a été faite, on peut supposer qu'un financement par emprunt aurait eu un coût moindre pour l'hôpital. Les simulations financières<sup>112</sup> montrent en effet un coût inférieur de 33% (10.000.000 euros). De plus ce surcoût, qui sera directement répercuté sur le tarif hébergement des résidents<sup>113</sup>, n'intègre pas les diverses subventions que l'hôpital aurait pu recevoir.

Mais au-delà du coût du portage financier, il faut se demander si le privé construit à des coûts moindres que le public, puisque c'est l'hypothèse des promoteurs de ces partenariats. Il s'agit de vérifier si le fait de confier à un partenaire la globalité des missions de conception, réalisation et/ou entretien est de nature à faire baisser les coûts. En effet, dans les loyers payés par l'hôpital, la maintenance et l'entretien sont compris.

Les études menées, par exemple en Grande-Bretagne, qui a plus de recul sur ces techniques, ne semblent pas permettre de conclure à ce stade. L'exemple des METP de la région d'Ile-de-France est trop récent pour nourrir le débat (les premiers lycées à sortir du dispositif le furent en 2001). Mais le coût de la maintenance est difficile à évaluer sur le long terme et risque d'être surestimé. De plus, la fusion possible des missions relatives à l'investissement et celles relatives au fonctionnement peuvent générer des confusions et de l'opacité préjudiciables à l'appréciation objective et sincère du coût réel. Et cette supposée meilleure compétitivité pour la maintenance et l'entretien, résidant dans les différences de statut des fonctionnaires et des salariés des entreprises privées, ne relève pas du simple choix technique mais d'un débat politique et idéologique plus global sur la fonction publique, le service public et ses modes de gestion, comme l'ont souligné certains commentateurs<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Pour une question de confidentialité, aucun chiffre précis portant sur les propositions des candidats ne sera donné

<sup>112</sup> On peut se référer à l'emprunt au taux de 4% envisagé pour la construction du « Bâtiment sud » sur une période de 20 ans, voir annexe VI

<sup>113</sup> L'augmentation maximale acceptable du tarif hébergement a été estimée à 10 euros, le faisant passer à 47 euros

<sup>114</sup> Arnaud Montebourg, « *Partenariats public-privé : dangers* », in Libération du 21 juin 2004

### 3.1.1.3. PPP et défaillance du preneur

Dans le cas d'un BEAH, l'emphytéote construit ou fait construire par un promoteur associé à un maître d'œuvre indépendant. Il est le maître d'ouvrage et il règle dans le droit privé tous les contrats liés à la construction. Les candidats sont donc des concepteurs, des constructeurs et des banques. Or, le preneur a la possibilité d'hypothéquer le droit réel pour garantir les prêts contractés pour la réalisation de l'opération. Un des intérêts du BEAH est en effet de permettre à l'EPS de mobiliser, indirectement, les financements privés nécessaires à la réalisation de l'ouvrage sur son domaine public.

Mais que se passe-t-il en cas de défaillance du preneur qui ne rembourse pas ses échéances de prêts ? L'établissement prêteur fera jouer ses hypothèques pour obtenir le remboursement des dettes. Mais il s'agit du domaine public, inaliénable. De fait, il est fort probable que l'EPS devra se substituer au preneur et devra donc provisionner des sommes destinées à couvrir ce risque.

On notera par ailleurs que l'article L.6148-2 du code de la santé publique ouvre la possibilité à l'emphytéote de se financer par crédit-bail. Or, il est constant que le crédit-bail est plus coûteux qu'un emprunt traditionnel et que sa gestion conduit dans de très nombreux cas à des contestations et des contentieux que l'EPS pourrait être conduit à assumer seul en cas de « retrait », sous une forme ou une autre, de l'emphytéote crédit-preneur. Les chambres régionales des comptes ont constaté à plusieurs reprises, dans des montages similaires, la présence de conventions de délégation de créances qui conduisent à faire supporter en définitive directement à la personne publique la totalité des financements mobilisés par les différents intervenants, tant pour l'investissement que pour les prestations liées à la gestion des biens construits<sup>115</sup>. Ces délégations de créances constituent de véritables détournements de procédure puisqu'elles conduisent à faire assumer à la personne publique les engagements qui incombent normalement au seul propriétaire maître de l'ouvrage.

### 3.1.1.4. Un impact budgétaire important

Parmi les raisons qui amènent à recourir au PPP, la plus évidente est la déconsolidation qui permet d'étaler l'investissement dans le temps et de générer des dépenses de fonctionnement, et non des dépenses d'investissement. La question ici

---

<sup>115</sup> CRC Ile-de-France, 21 août 2002, *Centre d'accueil et de soins hospitaliers de Nanterre*

soulevée est donc celle de la transparence et de la lisibilité budgétaire et celle des risques financiers à moyen terme, car le recours au PPP peut avoir des conséquences budgétaires importantes. Selon l'ampleur de la mission confiée aux partenaires, la traduction budgétaire des mensualités à payer aux partenaires privés est importante. Il est certain que, sauf disposition comptable à prévoir, le coût réel de l'opération ne devrait être traduit dans les comptes de la personne publique qu'in fine, minimisant ainsi son endettement réel.

Le risque est donc celui d'un endettement infondé des établissements hospitaliers, soumis non seulement à l'obligation de paiement de loyers sur l'ensemble de la période contractuelle mais également à celle de versement de la valeur résiduelle du bien à l'issue de cette période sous peine de ne pas devenir propriétaire du bien ainsi financé.

Ces risques sont donc à évaluer avant de décider de recourir au BEAH.

### **3.1.2. Les incertitudes des montages par voie de baux emphytéotiques au regard du droit communautaire**

*« Cette forme de commande publique ne pourra prospérer que dans un contexte de réelle sécurité juridique : les parties à ces contrats, de longue durée et portant sur des enjeux financiers importants, ne peuvent courir le risque d'un contentieux »<sup>116</sup>. La procédure de dévolution du contrat prévue par l'ordonnance doit nécessairement respecter les textes communautaires et les contraintes qu'elles imposent. Or le droit communautaire ne prévoit pas de régime englobant l'ensemble des PPP. Le phénomène des PPP y est abordé en ordre dispersé et les règles communautaires applicables varient sensiblement selon le montage envisagé. Il s'agit donc de savoir quelle qualification donner aux prestations.*

Mais les différentes directives ont été récemment remplacées par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. La situation des PPP qui entrent dans le champ d'application des directives communautaires – comme les BEAH – est donc prise en compte aujourd'hui.

Les montages par voie de baux emphytéotiques concernent des opérations susceptibles de mettre à la charge du preneur pendant la durée du bail deux types d'obligations : la « construction-location » et la « construction-location-exploitation ».

---

<sup>116</sup> M. Frist Bolkestein, Commissaire européen pour le Marché Intérieur, la Fiscalité et la Douane, « *Le Partenariat Public Privé et les concessions : la parole est aux acteurs* », Bruxelles, le 17 mai 2004

Dans le cas du BEAH « construction-location », le preneur à bail assure le financement, la conception et la réalisation de l'hôpital sur le terrain que lui loue l'EPS, et ce en vertu d'un BEAH. Une fois la construction achevée, il loue à l'EPS pour que ce dernier exerce son activité de soins, et ce en vertu d'une convention de location non détachable du contrat de BEAH. Pour ce type de BEAH, l'application des directives « fournitures » et « services » semble exclue. La mission du preneur ne consiste pas dans la fourniture de produits et ne constituent pas des marchés publics de services les « *marchés qui ont pour objet la location, quelle qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles* »<sup>117</sup>. Ce BEAH constitue un marché public de travaux et la procédure d'appel d'offres s'impose. Dès lors, la procédure négociée prévue par l'ordonnance du 4 septembre 2003 est insuffisante au regard du droit communautaire, c'est la procédure du dialogue compétitif pour la mise en concurrence qui s'impose.

Dans le cas du BEAH « construction-location-exploitation », le preneur à bail assure non seulement le financement, la conception et la réalisation de l'hôpital sur le terrain que lui loue l'EPS, mais il est également chargé de l'exploitation des bâtiments (maintenance d'installations et gestion de certains services). Une fois la construction achevée, le preneur à bail loue l'hôpital à l'EPS pour que ce dernier exerce son activité de soins, et ce en vertu d'une convention non détachable du BEAH. Le BEAH pour la construction de la maison de retraite de Saint Julien à Laval entre dans cette hypothèse. Si l'application de la directive « fournitures » semble exclue sans difficulté, l'application de la directive « service » est plus problématique. Elle dépend de la part des services que le preneur peut être amené à proposer (maintenance, cuisines, blanchisserie...) <sup>118</sup>. Dans la majorité des cas, la part prépondérante est celle des travaux. La directive « service » semble donc exclue. Or l'Hôpital de Laval a publié au BOAMP l'avis d'appel public à concurrence en faisant référence à la directive « service ». Il y a ici une erreur juridique de la part de l'hôpital. Par ailleurs, Le BEAH « construction-location-exploitation » peut être qualifié de concessions de travaux publics au regard de la directive « travaux ». En effet, le preneur assure réellement le financement de l'ouvrage, il doit donc supporter les risques de la conception, de la construction et de l'exploitation de la maison de retraite à l'hôpital de Laval. Les loyers sont la contrepartie de la valeur locative de l'ouvrage et le preneur s'engage dès la conclusion du BEAH pour un montant de loyers et de redevances. De plus, le BEAH est un contrat qui s'inscrit dans la durée tout comme la concession de travaux publics. L'application des dispositions de la directive « travaux » oblige l'EPS à

---

<sup>117</sup> Article 1<sup>er</sup> a) III de la Directives « services »

<sup>118</sup> CJCE 19 avril 1994, C-331/92, *Gestion Hotelera International*, Rec. CE I-1329

procéder à une publicité de dimension communautaire et respecter certains délais dans la procédure négociée de sélection des preneurs à bail.

En dépit de ces avancées<sup>119</sup>, certains estiment que le droit des marchés publics, lorsqu'il doit être appliqué aux PPP, manque de lisibilité ou est inadapté. Un livre vert sur les PPP et le droit communautaire a donc été publié pour « *sonder plus largement les acteurs concernés* »<sup>120</sup>. Un des intérêts du livre vert est d'apporter de nouveaux éléments de clarification juridique. Il rappelle que l'ensemble des montages est soumis à un socle minimal de principes généraux (la transparence et l'égalité de traitement), qui s'applique non seulement lors de la mise en place de ces schémas, mais qui ont également des répercussions tout au long de la vie du partenariat. Il précise les obligations qui en découlent dans chaque cas.

### **3.1.3. Une remise en cause de l'équilibre des missions entre les différents acteurs de la construction publique**

La dernière interrogation relève de l'utilité de l'équilibre des missions entre les différents acteurs de la construction publique et des risques qui résultent de sa remise en cause. La maîtrise d'ouvrage publique est une affaire complexe qui nécessite des contre-pouvoirs, des expertises diverses, des acteurs multiples et indépendants pour que personne ne puisse user de son statut ou de sa propre puissance pour contraindre un des intervenants à une solution technique qui ne semble pas opportune pour des raisons de coûts, de viabilité de l'ouvrage ou de sécurité des usagers.

La séparation entre le concepteur et l'entrepreneur, telle qu'elle est posée par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, donne un des exemples les plus aboutis de cette conception. Mais au-delà de cette première séparation, on peut aisément montrer l'intérêt qui existe à dissocier exploitants et constructeurs, ne serait-ce que pour faciliter l'identification des erreurs ou des défauts de construction. A ce titre, la lettre ouverte des architectes au Président de la République du 14 avril 2004 dénonce le système du PPP qui « *concourt au démantèlement, voire à la disparition des architectes, des ingénieurs du bâtiment, des économistes de la construction et de la majorité des petites entreprises qui participent aujourd'hui à l'activité de la construction* ». Concentré entre les mains d'une seule fonction, celle de l'entreprise,

---

<sup>119</sup> complétées par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

<sup>120</sup> M. Frists Bolkestein, *précité*

ce système touche à l'indépendance des prestataires de service dominés par le mandataire commun et ne permet plus, comme dans le schéma traditionnel, au maître d'ouvrage public de disposer d'un véritable conseil indépendant, pour concevoir, contrôler la réalisation des projets, suivre le chantier et effectuer les opérations de réception. En étant lié contractuellement à l'entrepreneur, le maître d'œuvre n'est plus aux côtés du maître d'ouvrage, mais face à lui, masqué par l'entrepreneur, seul interlocuteur en tant que mandataire commun.

Il est intéressant de noter qu'est parue, en même temps que l'ordonnance sur les contrats de partenariat, une autre ordonnance<sup>121</sup>, prise sur la base du même article 6 de la loi du 02 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Cet article déroge à la loi du 12 juillet 1985 qui interdit clairement le cumul des fonctions de mandataires avec toute fonction de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique portant sur le ou les ouvrages auxquels se rapporte le mandat. En effet, si on se souvient de l'accident de Roissy<sup>122</sup>, on comprend mal pourquoi ce qui vaut pour le maître d'ouvrage délégué ne vaudrait plus pour le maître d'œuvre et les entreprises, pour le constructeur et l'exploitant.

Au-delà des réponses qui pourraient être apportées à ces interrogations pour diminuer les incertitudes sur le recours au BEAH et au PPP en général, la mise en place d'une évaluation ex post pourrait contribuer à rassurer tous les acteurs.

### 3.2. LA MISE EN PLACE NECESSAIRE D'UNE EVALUATION EX POST

Cette évaluation ex post semble nécessaire à deux niveaux. D'une part, elle doit permettre d'évaluer le « retour sur investissement » pour chaque établissement qui déciderait une opération PPP. D'autre part, elle doit offrir un bilan régulier du volet investissement du plan « Hôpital 2007 » géré par la MAINH.

#### 3.2.1. Une évaluation du « retour sur investissement »

Le volet investissement du Plan « Hôpital 2007 » a été conçu pour accompagner les évolutions du système hospitalier français induites par tout un ensemble de mesures

---

<sup>121</sup> Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JO du 19 juin 2004, p. 11020 et suivantes.

<sup>122</sup> Référence à l'effondrement le 23 mai 2004 du terminal 2E de l'aéroport Charles de Gaulle mis en service le 25 juin 2003. Aéroports de Paris (ADP) était le maître d'ouvrage de cet investissement de 750 millions d'euros

visant à répondre aux problèmes de modernisation et de réorganisation. Dans le cadre de la mise en place des plans régionaux d'investissement, une évaluation ex post s'est avérée nécessaire afin d'analyser du point de vue économique les investissements hospitaliers du Plan « Hôpital 2007 ».

En effet, la circulaire du 20 mars 2003 rappelait l' « *importance de faire converger les coûts d'investissements des différents secteurs* ». Cette obligation de rapprochement des coûts constitue une référence explicite à la notion de « coût global » qui repose sur l'idée qu'il y a une relation étroite entre l'investissement et les charges d'exploitation afférentes à cet investissement. Dans le contexte général de recherche de solutions pour la maîtrise des dépenses de santé, la circulaire du 15 octobre 2003<sup>123</sup> appelait les Agences Régionales de l'Hospitalisation à évaluer « la nature et les montants des retours sur investissements attendus »<sup>124</sup>.

Dès lors dans le cadre du Plan Hôpital 2007, la MAINH a souhaité mettre en place une démarche de progrès à trois niveaux<sup>125</sup>:

- Améliorer la rationalité des investissements, et donc développer les méthodes de gestion de projet ;
- Faire converger les coûts d'investissement des secteurs public et privé, dans le but d'optimiser les ressources financières ;
- Adopter une approche plus fonctionnelle que patrimoniale et recourir plus largement à la délégation de maîtrise d'ouvrage.

Afin d'analyser les coûts des opérations de construction neuve, de rénovation et d'aménagement des établissements hospitaliers publics et privés, la MAINH a mis en place un système d'information pour recueillir les données sur ces coûts. Une diffusion périodique des résultats est prévue, à échéance semestrielle, dans le cadre d'un observatoire de la construction hospitalière.

Toutefois, cette démarche n'a pas pour seul but de faire des économies. L'approche macro-économique doit permettre de considérer que le plan d'investissement est producteur de valeur pour le secteur de l'hospitalisation :

- Amélioration de la productivité par la modernisation des équipements ;

---

<sup>123</sup> Circulaire DHOS/F n°495 du 15 octobre 2003 relative aux conditions d'attribution des aides du volet investissement du plan « Hôpital 2007 »

<sup>124</sup> S'agissant des établissements publics, la circulaire du 10 décembre 1993 relative aux investissements hospitaliers avait déjà mis l'accent sur cette obligation

<sup>125</sup> Observatoire de la construction hospitalière. MAINH

- Suppression des redondances en rationalisant l'offre de soins par un regroupement des structures ;
- Economie de moyens par la mutualisation des ressources.

Il s'agit de mettre en évidence et de mesurer les effets induits par un investissement, notamment le « temps de retour » de l'investissement engagé.

La prise en compte du fait que l'investissement est producteur de valeur est importante pour apprécier la dynamisation du secteur hospitalier. Cette considération doit s'accompagner d'une réflexion sur la valorisation des cessions d'actifs, comme c'est le cas à Laval. En effet, comme il l'a été mentionné précédemment, le centre hospitalier cherchera à vendre les bâtiments actuels de la maison de retraite afin de financer d'autres investissements. Cette vente permettra de valoriser ses actifs car ces bâtiments sont des bâtiments historiques et classés. Le prix de vente sera donc en conséquence. Cette valorisation des actifs est fortement incitée par la MAINH qui doit par ailleurs présenter des bilans réguliers du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 ».

### **3.2.2. Un premier bilan du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 »**

Présentant un bilan du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 » lors d'une table ronde sur l'investissement<sup>126</sup>, le Directeur de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier, Vincent Le Taillandier, indiquait que le démarrage était positif et encourageant et qu'il avait montré la « *réactivité des établissements hospitaliers* ». En 2003, les établissements hospitaliers ont réalisé 20% d'investissements supplémentaires par rapport aux années antérieures grâce au Plan « Hôpital 2007 », 782 millions d'euros d'investissement supplémentaires ont été investis, dont près de 500 millions pour les établissements publics de santé<sup>127</sup>. L'ambition est d'accélérer le rythme pour l'année 2004. La mission table sur un doublement du surcroît d'investissement pour atteindre 2 milliards d'investissement supplémentaires en 2005. « *En vitesse de croisière, on doit monter à un taux de progression de 30 ou 40%* », a-t-il précisé.

Une majorité des investissements concerne les restructurations et la rénovation de bâtiment. Au printemps 2004, on comptabilisait une quinzaine d'opérations fermes en cours, parmi lesquelles quatre représentent chacune plus de 100 millions d'euros. Sur les 937 opérations subventionnées dans le cadre du Plan « Hôpital 2007 », une quinzaine

---

<sup>126</sup> Table ronde organisée sur le thème de l'investissement au salon Hôpital Expo, mai 2004

<sup>127</sup> D'après les chiffres donnés la circulaire DHOS-F2/F3/2004 n°419 du 6 septembre 2004 relative au financement en 2004 du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 »

devrait se faire sur le mode du bail emphytéotique dont celle du CHU de Caen. Sur les 400 millions d'euros d'investissement supplémentaires envisagés à Caen, un quart de cet effort sera porté par un partenariat public-privé (BEAH) pour construire un nouveau bâtiment femmes-enfants-hématologie. C'est un « *moyen pour nous de lutter contre la vétusté avec une garantie d'entretien a minima et de remise régulière aux normes* » a affirmé Brigitte Le Brethon, maire de Caen<sup>128</sup>.

Toutefois, comme l'affirme le directeur de la MAINH, ce type de montage restera minoritaire. Ces contrats ne doivent être conclus qu'à bon escient. Ils n'ont nullement vocation à se substituer aux outils juridiques existants, et notamment à la loi MOP. Mais surtout il devra s'articuler avec les outils juridiques instaurés par l'ordonnance sur les contrats de partenariat.

### 3.3. LES PERSPECTIVES DE COHABITATION AVEC L'ORDONNANCE SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT

L'ordonnance sur les contrats de partenariat, adoptée le 17 juin 2004 en Conseil des ministres, généralise le recours au partenariat public-privé pour l'Etat et les collectivités territoriales, mais apporte également des précisions pour le secteur hospitalier.

Le contrat de partenariat régi par l'ordonnance sur les contrats de partenariat (l'expression « public-privé » ne figure finalement pas dans le texte) aura pour objet de confier à un tiers « *une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ».

Tant le champ d'application des contrats de partenariat que leur régime sont marqués par les principes qu'a posés le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. On ne pourra utiliser le contrat de partenariat qu'au terme d'une évaluation préalable du projet. Celle-ci devra démontrer que « *compte tenu de la complexité du projet* » la personne publique ne peut définir seule le dispositif technique

---

<sup>128</sup> Table ronde organisée sur le thème de l'investissement au salon Hôpital Expo, mai 2004

pouvant répondre à ses besoins ou en établir le montage financier ou que le projet présente un caractère d'urgence. Elle devra en outre exposer « *avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif* » qui ont amené la personne publique à opter pour cette procédure.

Le choix du partenariat est entouré des mêmes précautions inspirées de la décision du Conseil Constitutionnel et destinées à démontrer que les principes d'égalité devant la commande publique, de non-discrimination et de transparence sont bien respectés. Les articles 3 à 9 de l'ordonnance, qui organisent la procédure de passation des contrats s'inspirent de la procédure de dialogue compétitif organisée par les directives communautaires relatives aux marchés publics. Cette procédure inclut une phase de dialogue préalable si nécessaire.

En ce qui concerne le secteur hospitalier, les dispositions du Titre III de l'ordonnance PPP rendent applicables aux établissements de santé ainsi qu'aux groupements d'intérêt public les dispositions de l'ordonnance du 4 septembre 2003. Mais sans se substituer à celle de septembre 2003, la nouvelle ordonnance de juin 2004 apporte des précisions sur les procédures juridiques, notamment celles du dialogue compétitif.

Outre ces précisions, la nouvelle ordonnance soulève la question de sa cohabitation avec celle de septembre 2003. En effet, l'ordonnance ne prévoit des contrats PPP seulement pour le domaine foncier des établissements de santé. Les contrats de partenariat instaurés en juin 2004 ont une vocation plus large. On peut donc en déduire une cohabitation selon le schéma suivant :

- Pour les contrats de partenariat public-privé concernant le domaine foncier de l'hôpital, les établissements de santé utiliseront l'ordonnance du 4 septembre 2003 comme référence pour les montages juridiques ;
- Pour les autres contrats, les établissements auront recours à l'ordonnance de juin 2004 dont les décrets d'application sont prévus pour septembre 2004.

Dans les deux cas, l'établissement sera soumis aux mêmes obligations, mentionnées par la décision du Conseil Constitutionnel et reprises par la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique. Dès lors, un centre hospitalier qui décidera de recourir aux contrats PPP devra être vigilant au respect de l'ensemble des obligations qui s'imposent à ce type de contrat de partenariat.

## CONCLUSION

Avec le bail emphytéotique de la maison de retraite de Saint-Julien, le Plan « Hôpital 2007 » et les nouveaux outils juridiques de l'ordonnance du 4 septembre 2003 l'accompagnant ont trouvé une application particulière au centre hospitalier de Laval.

D'un point de vue financier, ce choix se justifiait par l'ampleur des opérations d'investissement engagées par l'hôpital dans le cadre du Contrat d'Objectifs et de Moyens pour la période 2003-2007 et du Plan « Hôpital 2007 ». Le bail emphytéotique permet ainsi à l'hôpital d'étaler le financement de l'opération d'investissement sur la durée du bail, le loyer étant imputé en groupe 3 de la section d'exploitation. Toutefois, force est de constater que ce montage juridique majore le coût global de l'opération, même si les coûts de maintenance et d'entretien sont pris en compte dans le loyer. Ce constat montre le caractère déterminant de l'évaluation préalable, notamment en termes de coûts, d'une opération PPP et d'une opération classique selon le schéma de la loi MOP.

Au niveau juridique, « l'empirisme lavallois » semble avoir fait ses preuves. Contraint d'adapter le projet aux nouvelles dispositions juridiques de l'ordonnance du 4 septembre 2003 et des directives européennes, l'hôpital a su faire évoluer la procédure engagée avec le bail emphytéotique administratif (BEA) « ancienne version » vers le nouveau bail emphytéotique administratif hospitalier (BEAH), en suivant la procédure du dialogue compétitif. A ce titre l'accompagnement de la Mission Nationale d'Appui à l'Investissement (MAINH) et de la Mission Inter-régionale à l'Investissement (M2I) a été déterminant dans la réussite du projet. Le centre hospitalier de Laval a donc su intégrer les nouvelles opportunités du partenariat public-privé, même si toutes les conditions n'ont pas été remplies préalablement.

Mais cet exemple de recours au PPP ne doit pas conduire les hôpitaux à adopter systématiquement les contrats de partenariat pour les investissements immobiliers. L'ordonnance sur les contrats de partenariat du 17 juin 2004 et la loi relative à la politique de santé publique du 9 août 2004 ont repris les réserves du Conseil Constitutionnel<sup>129</sup> sur les conditions de recours à ces montages juridiques. Les contrats de partenariat ne peuvent être envisagés seulement pour des motifs d'intérêt général, que sont l'urgence et la complexité du projet. Ces contrats ne seront donc que des outils complémentaires aux montages classiques (type loi MOP) qui restent les procédures de droit commun.

---

<sup>129</sup> Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, JO du 3 juillet 2003, p.11205 et suivantes

---

# Bibliographie

---

## OUVRAGES

BEZANCON X. *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*. Thèse LGDJ, 1999

BRACONNIER S. et SYMCHOWICZ N. *Droit public des montages contractuels complexes*. Imprimerie Nationale, 2003, 353p.

CHAPUS R. *Droit administratif général*, t.I. 15<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2001

DELNATTE J., GROLIER J. *Comptabilité générale et budget des hôpitaux*. Rennes : éditions ENSP, 2001. 466p.

GRELIER BRESSMANN P. *Le mémento des marchés publics de travaux. Intervenants, passation et exécution*. Ed. Eyrolles, 2002, 142p.

LIGNIERES P. *Partenariats publics privés*. Ed. Litec, 2001

MARTINAUD C. *L'Expérience française du financement privé des équipements publics*. Economica, 1993

MICHON J. *La réglementation de la maîtrise d'œuvre. Marchés publics et privés de maîtrise d'œuvre en France, en Europe et à l'international*. Le Moniteur, 2003, 504p.

MIQCP (Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques). *Organiser une consultation de maîtrise d'œuvre : concours et autres procédures de choix d'un maître d'œuvre, nouveau code des marchés publics*. 3<sup>ème</sup> Ed. Le Moniteur, 2003, 231p.

## TEXTES OFFICIELS

Directive 92/50/CEE du conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services

Directive 93/36/CEE du conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures

Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre, dite loi MOP

Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation

Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit

Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004

Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats, JO du juin 2004, p.10994 et s.

Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (JO du 19 juin 2004, p.11020 et s.)

Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés public (JO 8 janvier 2004, p.37003)

Circulaire DHOS/F/2003/139 du 20 mars 2003 relative au plan d'investissement national « Hôpital 2007 »

Circulaire DHOS n° 2003-485 du 13 octobre 2003 relative à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation (non publiée au JO)

Circulaire DHOS/F n° 495 du 15 octobre 2003 relative aux conditions d'attribution des aides du volet investissement du plan « Hôpital 2007 »

Circulaire DHOS/F2-O/DSS-1A-2004/n° 36 du 2 février 2004 relative à la campagne budgétaire pour 2004 des établissements sanitaires sous dotation globale

Circulaire DHOS-F2/F3/2004 n°419 du 6 septembre 2004 relative au financement du volet investissement du Plan « Hôpital 2007 »

## **RAPPORTS ET GUIDES**

Observatoire de la construction hospitalière. *Premier traitement sur 22 opérations publiques et privées*. MAINH (Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier), décembre 2003

MICQ (Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques). *Le Développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne*. Rapport d'enquête. Novembre 2003

Doc. COM (2004), 327 final, 30 avr.2004, *Livre Vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* : JCP A 2004, act.254

Commission des Communautés Européennes. *Guidelines for successful public-private partnerships*. Mars 2003

MAINH. *Bail emphytéotique. Guide de mise en œuvre*. Janvier 2004

MAINH. *Conception-réalisation. Guide de mise en œuvre*. Juillet 2004

Institut de Gestion Déléguée. *Evaluation des contrats globaux de partenariat. Principes, méthode et comparaisons*. Cahier détachable n°2, Le Moniteur du 26 mars 2004

## **ARTICLES DE REVUES ET DE JOURNAUX**

ARENE O. « Conception-réalisation. Méfions-nous des généralisations : réponse à certains tireurs isolés ». in *Le Moniteur*, 14 mars 2003, p.2

- BANDET D. « Partenariats public-privé. Définition, mesure et sanction de la performance ». in *Le Moniteur*, 26 septembre 2003, p.76 et s.
- BARRE S. et LAROSE D. « Les nouveaux outils de financement et d'investissement ». *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre-octobre 2003, p.14 et s.
- BLEMONT P. « Nouveaux contrats pour construire et moderniser à l'hôpital ». *Bulletin juridique des contrats publics*, n°32, p.2 et s.
- BRENET F. « Les PPP confrontés au droit communautaire des marchés publics et des concessions » : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°31, 26 juillet 2004, p.1065
- COHEN F., PENTECOSTE J. et THOMAS J. « Financement privé des infrastructures hospitalières. De nouvelles opportunités ». *Gestions Hospitalières*, avril 2004, p.249 et s.
- CUCHE P. « Domanialité publique, service public et partenariat public-privé ». *Droit Administratif*, octobre 2003, p.5 et s.
- DELACOUR E. « Naissance du BEA hospitalier ». *Contrats et marchés publics*, octobre 2003, p.8 et s.
- DELELIS P. « Code des marchés publics 2004. Lecture polémique et pratique ». *Bulletin juridique des contrats publics*, n°33, p.94 et s.
- DELELIS P. « Le dialogue compétitif ». *Contrats et marchés publics*, février 2004, p.46
- DOSSIER « Investissement hospitalier ». *Gestions Hospitalières*, novembre 2003, supplément au n°430
- DOUENCE J.-C. « Dix ans de délégations du service public : bilan et perspectives ». *Contrats et marchés publics*, mai 2003, p.48 et s.
- EVIN C. « Accélérer la réalisation de nos investissements ». *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre-octobre 2003, p.3
- FOURNEREAU F. « Un apport de moyens significatifs ». *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre-octobre 2003, p.8 et s.
- HUET M. « La maîtrise d'œuvre en prison », in *Le Moniteur* du 18 avril 2003
- JACQUET J.-M. « Conception-réalisation et partenariat public-privé : la qualité architecturale en danger ». in *Le Moniteur*, 2 avril 2004, p.418 et s.
- JEGOUZO Yves. « Adoption de l'ordonnance sur les contrats de partenariat par le conseil des ministres ». *AJDA* du 21 juin 2004, p.1212
- LEFEBVRE J. « Le plan Hôpital 2007 et ses objectifs ». *Techniques Hospitalières*, mai-juin 2004, n° 685
- LE QUERE G. « Quels enjeux pour le financeur ? ». *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre-octobre 2003
- LEQUIEN M. et LORDONNOIS M. « La qualification juridique des futurs contrats de coopération ». *Le Moniteur*, 13 juin 2003, p.100 et s.
- LEQUIEN M. et LORDONNOIS M. « Quelles procédures de passation pour les contrats publics complexes ? » : *Le Moniteur*, 2 juillet 2004
- LE TAILLANDIER V. « Réussir la relance de l'investissement ». *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre-octobre 2003, p.4 et s.

LIGNIERES P. «La genèse de la législation sur les contrats de partenariats public-privé ». *Droit administratif*, novembre 2003, p.39

LINDITCH F. « Les partenariats public-privé devant le Conseil Constitutionnel ». *Contrats et marchés publics*, octobre 2003, p.4 et s.

LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX P. « Les marchés de conception-réalisation autorisés par la LOPSI suscitent la crainte d'une partie des professionnels du bâtiment ». *Contrats et marchés publics*, novembre 2003, p.40 et s.

MARTOR B. «Le contrat de partenariat : la nouvelle alternative aux modes traditionnels d'achat public », *La Semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales*, n°28 du 5 juillet, p.931

MARZOUG S. « Le bail emphytéotique hospitalier, nouvel instrument de financement et de réalisation des opérations d'investissement hospitalier ». *Actualité JuriSanté - CNEH*, n°44/45, décembre 2003, p.34 et s.

MATTEI J.-F. « Hôpital 2007 représente une augmentation de 30% de l'effort d'investissement ». In *Le Moniteur* du 5 septembre 2003, p.10 et s.

MENEMENIS A. «Passer un marché public : sur quelques innovations du Code ». *AJDA*, 23 février 2004, p.382 et s.

MONTEBOURG Arnaud « Partenariat public-privé : danger », in *Libération* du 21 juin 2004

ORANGE M. « L'ordonnance sur le Partenariat public-privé est présentée en Conseil des ministres », in *Le Monde* du 16 juin 2004

ORANGE M. « Critiqué, le projet de réforme des marchés publics est ajourné », in *Le Monde* du 03 juillet 2004

PAQUIER J. « PPP et PFI : les cinq leçons de l'exemple anglais », *La Gazette* du 23 août 2004

PELEGRIN F. «Le dialogue architecte-maître d'ouvrage est menacé », in *Le Moniteur* du 26 septembre 2003, p.16 et s.

ROMATET J.-J. et LEFEBVRE J.-F. « Maîtrise d'ouvrage. Un organisation au service d'une volonté ». *Revue Hospitalière de France*, n°494, septembre-octobre 2003, p.12 et s.

SAPIN M. « Chacun ne sera plus tenu que par sa seule conscience morale », in *Le Monde* du 02 juillet 2004

TERNEYRE P. « Les montages contractuels complexes ». *AJDA* du 20 juillet-20 août 1994, n°spécial, p.43 et s.

TERNEYRE P. « Utilisation du bail emphytéotique par et pour les établissements publics de santé (EPS) ». *Bulletin juridique des contrats publics*, n°32, p.70 et s.

TESSIER A. «Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », in *Bulletin juridique des contrats publics*, n°30, p.354 et s.

TODD J. «Les avantages du PPP : le paiement différé des prestations et le meilleur rapport qualité/prix », in *Le Moniteur*, 25 avril 2003, p.4

UBAUD-BERGERON M. « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'Etat », in *AJDA*, 28 juillet 2003, p.1361 et s.

VERITE H. «Partenariat public-privé : quel montage financier envisager ? », in *Le Moniteur*, 19 mars 2004, p.88 et s.

ZIMMER W. «La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : premières réflexions » , *Contrats et Marchés Publics*, juin 2004, p.5

## **MEMOIRES DE L'ENSP**

BACHELLERY O. *L'utilisation du bail emphytéotique administratif dans le secteur hospitalier. De l'exemple du Centre d'Accueil et de Soins Hospitaliers de Nanterre à l'esquisse d'un guide du bon usage*. Ecole Nationale de la Santé Publique, 1997

DOMAIN A. *Le mandat de maîtrise d'ouvrage publique hospitalière, une nouvelle voie pour faire-faire : LOI MOP* – Ecole Nationale de la Santé Publique, 1989

VEYRUN M. *Une innovation en matière d'investissement hospitalier : le partenariat avec les collectivités locales. La construction d'un nouveau site au Centre Hospitalier Universitaire de Montpellier*. Ecole Nationale de la Santé Publique, 1990

## **COLLOQUES ET CONFERENCES**

« Partenariat Public-Privé – Un levier performant pour les financements de tous les projets publics ? ». Conférence annuelle des Echos – 18 mai 2004 – En partenariat avec l'Institut de Gestion Déléguée

BEREHOUC C. et MARZOUG S. « Les nouveaux montages contractuels (dans le cadre du plan Hôpital 2007) et l'analyse juridique de ces montages ». Cours à l'ENSP

LE TAILLANDIER V. «La relance de l'investissement hospitalier. Etat d'avancement ». Hôpital Expo, 26 mai 2004

## **SITES INTERNET**

Ministère de la Santé : [www.sante.gouv.fr](http://www.sante.gouv.fr)

Mission Nationale d'Appui à l'Investissement Hospitalier (MAINH) : [www.mainh.sante.gouv.fr](http://www.mainh.sante.gouv.fr)

Ministère des Finances : [www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr)

Ministère de l'équipement : dossier de veille sur le partenariat public-privé : [www.urbanisme.equipement.gouv.fr](http://www.urbanisme.equipement.gouv.fr)

Institut de Gestion Déléguée (IGD) : [www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)

Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques (MIQCP): [www.archi.fr/MIQCP](http://www.archi.fr/MIQCP)

Union Nationale des Syndicats Français d'Architectes (UNSAFA) : <http://www.unsfa.com>

Conseil National de l'Ordre des Architectes (CNOA) : <http://www.architetes.org>

---

# Liste des annexes

---

## Annexes non publiées

### Annexe I: Plans

- I.I Présentation générale du bâti
- I.II Les contraintes réglementaires
- I.III Organisation du scénario architectural retenu

### Annexe II : Textes officiels

- II.I. Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, Titre IV, Chapitre VIII « *Domaine et investissement immobilier des établissements publics de santé* »
- II.II. Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, Articles 26, 27 et 153
- II.III Directive 2004/18/CE du Parlement et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dite directive « classique », article 29 « Dialogue compétitif »

### Annexe III : Avis d'Appel Public à la Concurrence : bail emphytéotique pour la maison de retraite Saint-Julien

### Annexe IV : Régime de performance des contrats PFI

### Annexe V : Eléments financiers du centre hospitalier de Laval

- V.I Compte administratif 2003, extrait
- V.II Plan Global de Financement 2003-2007, extrait
- V.III Budget des établissements annexes et tableau des tarifs journaliers, extrait

### Annexe VI : Simulations financières d'emprunt

- VI.I Sur 20 ans avec des annuités constantes
- VI.II Sur 30 ans avec des annuités constantes
- VI.III Sur 20 ans avec des amortissements constants
- VI.IV Sur 30 ans avec des amortissements constants

### Annexe VII: Calendrier des projets architecturaux du Contrat d'Objectifs et de Moyens