

Mots clés

Hôpital	Hôpital 2007	Définition
Investissement	Partenariat public/privé	Descriptif
Financement	Bail emphytéotique	Statut juridique

Frédéric COHEN

Avocat à la cour, Simmons & Simmons

Jérôme PENTECOSTE

Avocat à la cour, spécialiste en droit public

Jérôme THOMAS

Avocat à la cour, Jérôme Thomas & Associés

Les techniques de PFI ne visent pas à organiser une délégation de service public – comme c'est le cas par exemple avec la concession – mais à permettre à une collectivité publique de confier à un tiers, dans le cadre d'une relation de longue durée et en faisant appel au financement privé, l'exécution de certaines prestations complexes, qui s'incorporent dans la mission de service public dont cette collectivité est chargée. Cette démarche vise à opérer une répartition optimale des tâches (et des risques qui en résultent) entre partenaires publics et privés et à rechercher le meilleur rapport entre le coût du projet pour la collectivité publique et l'efficacité des solutions retenues. La fourniture de ces prestations requiert généralement des investissements importants, et l'un des effets essentiels de ce type de schémas est d'étaler le coût de ces investissements sur une longue durée. Alors même que le texte plus général couvrant d'autres domaines n'est pas encore paru (sa publication est attendue pour la fin avril 2004), une ordonnance a été adoptée le 4 septembre 2003⁽²⁾ pour introduire ces nouvelles techniques de financement dans le secteur de la santé. Ce texte précurseur, qui a fait l'objet d'une élaboration très rapide, répond⁽³⁾ aux forts besoins d'investissements exprimés par le plan Hôpital 2007 (6 milliards d'euros sur cinq ans) pour un parc d'infrastructures dont le taux de vétusté est estimé à 68%⁽⁴⁾. De fait, la Mission d'appui à l'investissement immobilier hospitalier (MAINH) – créée pour assister les agences régionales de l'hospitalisation (ARH) dans la mise en œuvre du plan Hôpital 2007 – a recensé à ce jour 937 opérations sur l'ensemble du territoire français, représentant potentiellement un investissement global d'environ 10 milliards d'euros.

Financement privé des infrastructures hospitalières

De nouvelles opportunités

En adoptant la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 portant **simplification du droit**⁽¹⁾, le législateur a clairement manifesté sa volonté d'introduire dans le droit français de **nouveaux types de contrats** – inspirés des techniques de *Private Finance Initiative* (PFI) développées en Grande-Bretagne ces dernières années – afin de permettre à l'**État** et aux collectivités **publiques** de **faire appel** à de nouvelles sources de financement pour leurs **investissements** dans des **infrastructures publiques**.

Si ces opérations pourront bien entendu toujours s'effectuer sous maîtrise d'ouvrage publique et dans le respect du code des marchés publics (CMP), l'ordonnance Mattei introduit un certain nombre de solutions innovantes applicables aux investis-

sements dans le secteur de la santé, parmi lesquelles la possibilité de recourir à un marché public global soumis au CMP (art. L. 6148-7 du code de la santé publique) dans le cadre duquel il est possible de confier au même titulaire une mis-

notes

(1) Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit (cf. notamment son article 6).

(2) 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, dite « ordonnance Mattei ».

(3) Il ne s'agit que d'une partie

de la réponse au besoin de financement du secteur hospitalier : des aides en capital et en fonctionnement seront également et régionalement versées aux établissements de santé en application de la circulaire DHOS/F n° 2003-139 du 20 mars 2003 relative au plan d'investissement national Hôpital 2007.

(4) Selon Étienne Blanc, député de l'Ain et rapporteur sur le projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit (rapport sur l'article 4 du projet de loi page 6).

sion portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements, ou sur une combinaison de ces éléments.

Mais c'est la possibilité de recourir au bail emphytéotique administratif⁽⁵⁾ (BE) qui introduit véritablement les techniques du PFI dans l'investissement hospitalier⁽⁶⁾. Toutefois, ces opérations ne se réduisent pas à un recours au financement privé pour la construction d'un bien immobilier. La conclusion d'un BE s'accompagnera néces-

sairement d'une convention – dite « convention non détachable » – qui définira les prestations devant être fournies par le partenaire privé pendant toute la durée du BE. Les schémas de type BE peuvent porter sur des biens immobiliers appartenant à des établissements publics de santé (EPS), à des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, mais également à des collectivités territoriales, par suite de l'extension aux investissements hospitaliers des dispositions de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI). Par « structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique », il faut entendre moins le GIP d'action sanitaire et sociale – encore qu'il n'en soit pas exclu – que le groupement de coopération

sanitaire (GCS). En effet, l'article L. 6133.1 du code de la santé publique est clair à cet égard, puisqu'il dispose que « le GCS est doté de la personnalité morale de droit public lorsqu'il est exclusivement constitué d'établissements ou d'organismes publics et de professionnels médicaux libéraux membres à titre individuel ». Dès lors, les futurs pôles sanitaires publics/privés appelés à voir le jour dans les villes de petite et moyenne importance et destinés souvent à constituer l'unique plateau technique de ces cités ne seront pas éligibles

à ces financements externalisés au privé au titre de l'ordonnance Mattei. Les biens immobiliers des collectivités territoriales peuvent faire l'objet d'un BE pour la construction et l'entretien d'un ouvrage correspondant aux besoins d'un EPS ou d'une structure de coopération. Dans ce cas, les ouvrages objet du BE seront, après construction ou rénovation, mis à disposition de l'EPS ou de la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, pour que ces derniers puissent y exercer leurs missions de service public. Ces opérations peuvent être conclues jusqu'au 31 décembre 2007, date d'expiration de la LOPSI.

Lorsque les biens immobiliers objet du BE appartiennent à un EPS ou à une structure de coopération, ces derniers peuvent,

outre l'opération immobilière, confier au titulaire du BE une mission d'exploitation ou de gestion d'un équipement ou d'un actif concourant à l'exercice du service public, dès lors que ce service n'est pas directement lié à l'exercice d'une activité de soins. À cet égard, la formulation « concourant à l'exercice du service public » fixe les limites des prestations qui peuvent être fournies par le titulaire du BE : celui-ci ne peut en aucune manière se voir déléguer la mission de service public exercée par les EPS – notamment les activités de soins – et dont ceux-ci conservent l'entier contrôle. En d'autres termes, le titulaire du BE fournit à l'EPS une prestation technique qui s'incorpore dans la mission de service public exercée par l'EPS. La mise en place d'un BE ne peut donc être assimilée à une délégation de service public.

Enfin, les biens appartenant aux EPS peuvent faire l'objet d'un BE pour la réalisation d'opérations d'intérêt général relevant de la compétence de l'EPS ou de la structure de coopération à laquelle il participe. D'après les informations rendues publiques par la MAINH, environ trente-cinq opérations immobilières devraient prochainement être réalisées sous forme de BE.

Quatre idées essentielles caractérisent les opérations de BE :

- la composante financière de ces opérations fait intervenir d'une manière beaucoup plus directe un nouveau partenaire qui s'ajoute au donneur d'ordres public et au constructeur participant habituellement aux opérations d'investissement immobilier réalisées par les collectivités publiques, à savoir les établissements financiers ;
- ces opérations sont définies non pas en termes d'actifs à construire, mais de besoins à satisfaire et de résultats attendus ;
- les EPS bénéficient d'une relative autonomie dans la conclusion de ces contrats ;
- une part essentielle du succès de ces opérations dépend de la capacité du donneur d'ordres à en assurer un suivi rigoureux en phase d'exploitation.

Nous examinerons en premier lieu de quelle manière les principes du PFI ont été repris dans le mécanisme du BE, avant de mesurer le degré d'autonomie contrac-

C'est la possibilité de recourir au bail emphytéotique administratif qui introduit véritablement les techniques de Private Finance Initiative dans l'investissement hospitalier.

notes

(5) Ce contrat est la transcription en droit administratif d'une institution ancienne de notre droit civil, qui permet au propriétaire d'un bien immobilier de le louer pour une longue durée (entre 18 et 99 ans) à un tiers, moyennant un prix généralement modique, à charge généralement pour le tiers d'améliorer ou de faire fructifier le bien en question, dans les conditions prévues au contrat. Pendant toute la durée du contrat, le tiers est considéré comme propriétaire du bien ;

à l'expiration de celui-ci, le bien immobilier et les améliorations qui y ont été apportées retournent dans le patrimoine du bailleur. Le BE « hospitalier » ressemble à s'y méprendre au BE « administratif » dont il reprend les caractéristiques essentielles : droit pour son titulaire, l'emphytéote, de consentir une hypothèque pour garantir les emprunts contractés sous réserve de l'accord de l'EPS bailleur et de céder son bail avec l'agrément de ce dernier ; droit pour les créanciers

hypothécaires d'exercer des mesures conservatoires ou d'exécution sur les biens et droits immobiliers ; recours au juge administratif en cas de litige, le BE hospitalier étant un contrat administratif.

(6) L'ordonnance vient en réalité sécuriser juridiquement le recours par un EPS au bail emphytéotique, qui était auparavant permis sous certaines conditions et dans certaines limites par la loi Galland du 5 janvier 1988.

tuelle laissée aux EPS dans la conclusion de ce type de contrat. La troisième et dernière partie de cet article sera consacrée à l'importance que revêt le suivi du contrat pour le succès de l'opération.

Application des principes du PFI dans les opérations de BE

L'ordonnance Mattei définit, dans l'élaboration des opérations de type BE, une approche avec des étapes obligatoires. Dans le même esprit, l'ordonnance dispose que certains sujets devront obligatoirement être abordés dans les contrats organisant cette opération, mais elle laisse aux parties le soin d'en définir le contenu. Dans d'autres cas, l'ordonnance prescrit expressément la solution qui devra être retenue dans les contrats. Ainsi, tout en laissant un certain degré de liberté aux parties, l'ordonnance trace le chemin qu'elles doivent emprunter pour mener à son terme ce type de projet et, ce faisant, mettre en œuvre l'approche contractuelle particulière que requièrent les projets PFI.

Une opération tripartite

Un projet de BE met en présence trois types d'intervenants : un EPS et/ou une collectivité territoriale ; un prestataire – généralement privé – qui sera titulaire du BE, assumera la construction et l'exploitation du bien immobilier ; des établissements bancaires, qui apporteront le financement nécessaire à la réalisation de l'opération. L'une des clés du succès du projet consiste précisément en la capacité des EPS de susciter de la part des établissements bancaires une offre de financement aux meilleures conditions de marché, en d'autres termes d'assurer la « bancabilité » du projet. De cette bancabilité découle, pour une large part, la possibilité d'obtenir un coût de réalisation compétitif. Pour ce faire, il est essentiel d'impliquer les acteurs financiers le plus en amont possible et d'anticiper à chaque étape du projet, les sujets qui pourraient affecter la capacité du projet à lever un financement dans des conditions de coût satisfaisantes. Le niveau de bancabilité d'un projet

dépend de sa cohérence et de son équilibre global, notamment en termes de services fournis, de rémunération et de répartition des risques entre collectivité publique et titulaire du BE.

La bancabilité apparaît donc comme un objectif transversal, à considérer à chacune des étapes du projet.

Une approche par le résultat attendu

Dans une maîtrise d'ouvrage traditionnelle, le donneur d'ordres définit l'infrastructure qu'il souhaite acquérir. L'obligation du constructeur sera alors – et uniquement – de livrer un bien conforme aux caractéristiques fixées par le donneur d'ordres. Dans un projet PFI, le donneur d'ordres définira non pas l'infrastructure, mais les attentes qu'il souhaite satisfaire par la réalisation de ce projet, et la mission du prestataire consistera à proposer les meilleures solutions pour satisfaire le besoin exprimé. Cette approche fondée sur le résultat attendu (*output specification*) plutôt que sur le bien (*input*) emporte de nombreuses conséquences dans les relations entre le donneur d'ordres et le prestataire.

Tout d'abord, leurs relations s'inscrivent dans la durée, puisque la mission du prestataire n'est plus de livrer un actif à une date déterminée, mais de fournir à l'aide de cet actif une prestation sur une longue durée. Dans le cadre d'un BE, la durée minimale du projet doit être de dix-huit ans. Cette longue durée impose d'insérer dans le contrat des mécanismes de concertation apportant la flexibilité nécessaire pour adapter les relations entre les parties. Ensuite, cette longue durée rend cruciale la phase de définition des résultats attendus du projet. Comme cela est fort justement souligné dans l'ordonnance Mattei et dans sa circulaire d'application⁽⁷⁾, la préparation d'un contrat de type BE exige une implication très forte des équipes hospitalières pour élaborer très précisément le « programme détaillé des besoins » prévu par l'article L. 6148-2 alinéa 4 du CSP, qui constitue un document fondamental de l'opération. Cette définition des besoins et performances attendus du projet devra être effectuée préalablement à la conclusion de tout BE⁽⁸⁾.

À cet effet, la MAINH élabore actuellement un guide de mise en œuvre du BE, dont la première partie consacrée aux études préliminaires et au contenu du programme est publiée sur son site Internet.

La conduite de cette phase de définition va devoir impliquer fortement le centre hospitalier ou le GCS donneur d'ordres et l'obliger à faire ressortir, après étude comparative, le bénéfice attendu de ce recours au privé sur toute la durée du contrat en tenant compte de l'ensemble des paramètres et hypothèses envisageables.

En particulier, cette étude comparative devra intégrer non seulement les coûts de la construction, mais également ceux relatifs à l'exploitation et à la maintenance du bien, ce qui suppose que le donneur d'ordres dispose d'un outil de comptabilité analytique performant. À défaut, il sera difficile de comparer le coût d'une maîtrise d'ouvrage classique avec le coût d'un projet BE incorporant sur toute la durée des prestations autres, tels la maintenance et certains services d'exploitation. Une telle responsabilisation du donneur d'ordres est en elle-même porteuse d'interrogations. En particulier, le donneur d'ordres public disposera-t-il en interne de l'expertise requise ? Dans la négative, il lui faudra professionnaliser sa démarche en faisant appel à des conseils spécialisés dont la notoriété est suffisamment avérée pour les accompagner et donner une justification plus forte à la pertinence des résultats de cette étude comparative. Pour l'évaluation, le centre hospitalier ou le GCS pourront-ils obtenir le concours de l'organisme expert prévu au projet d'ordonnance générale sur le PPP ? Le décret qui créera cet organisme permettra peut-être de répondre à cette question. Le recours aux experts permettra également au donneur d'ordres public de conduire, avec plus de maîtrise, ce « dia-

notes

(7) Circulaire DHOS n° 2003-485 du 13 octobre 2003.

(8) Sont concernés les trois types de BEH : BE passé par une collectivité territoriale sur son domaine propre pour les besoins d'un EPS, BE passé par un EPS pour ses besoins propres, BE passé par un EPS pour les besoins d'un autre EPS avec lequel il conduit une action de coopération.

logue compétitif hospitalier » avec les consortiums candidats, ainsi que la négociation du BE et de la convention non détachable, car s'il est certain que les guides méthodologiques élaborés par la MAINH seront d'une grande utilité, ils ne pourront répondre à toutes les questions du donneur d'ordres public dans la conduite des discussions concernant ces opérations.

La définition du projet objet du BE devra être suffisamment précise et détaillée pour satisfaire les attentes du donneur d'ordres public, tout en laissant au prestataire la flexibilité nécessaire pour que celui-ci puisse proposer la solution la plus intéressante en termes de coût, de qualité de service et d'innovation. Elle devra préciser un certain nombre de points clés, comme les objectifs du projet, les contraintes à prendre en compte dans sa conception, sa construction ou son exploitation, les critères de performance, de qualité et de disponibilité qui sont requis pour la fourniture du service, le mode de rémunération et l'allocation des risques entre le donneur d'ordres public et le prestataire.

Certes, cette exigence de programme détaillé préalable ne répond pas exacte-

adéquat pour satisfaire ses attentes et, surtout, de faire le nécessaire pour que, tout au long du projet, le bien soit maintenu et entretenu de telle manière qu'il puisse continuer pleinement à être utilisé pour l'usage auquel il était destiné.

Dans une approche PFI, l'objet du contrat sera 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 sera responsable de l'adéquation du bien immobilier aux attentes exprimées par le donneur d'ordres. Dans le cadre d'un BE, 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 BE devra faire en sorte que l'infrastructure construite dans le cadre de cette opération soit à même de permettre la fourniture de ces services.

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

Dans une approche traditionnelle, le maître de l'ouvrage supporte dès le début du projet l'ensemble des coûts liés au développement et à la construction des ouvrages. Dans une approche PFI, c'est le prestataire qui devra trouver auprès des établissements bancaires les fonds nécessaires pour supporter ces coûts de développement et de construction et la rémunération versée par le donneur d'ordres sera 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 commencera généralement à compter de l'entrée en service du bien et couvrira, d'une manière globale, l'intégralité de la prestation. Ainsi l'effort financier du donneur d'ordres est-il lissé sur toute la durée du contrat.

En outre, le prix versé par le donneur d'ordres au prestataire inclut l'ensemble des coûts relatifs au maintien en état de l'ouvrage tout au long du contrat. On connaît les difficultés qu'éprouvent en pratique les collectivités publiques 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 malheureusement que, dans les budgets de fonctionnement, les crédits de maintenance sont parmi les premiers postes sacrifiés en période de restrictions budgétaires, ou sont utilisés pour faire face à d'autres dépenses urgentes. Il en résulte inévitablement une dégradation des infrastructures (qui génère elle-même des surcoûts importants) et, partant, une dégradation du service fourni au moyen de ces infrastructures. Dans un projet PFI, la maintenance de l'ouvrage est une obligation dont le prestataire doit assumer la charge pendant toute la durée du contrat. Ainsi, la qualité des prestations – de même que la valeur de l'ouvrage devant revenir en fin de bail au donneur d'ordres – sont maintenues tout au long du projet, sans que le donneur d'ordres ait à effectuer des versements autres que la rémunération prévue.

Enfin, si le donneur d'ordres n'a pas un

La question de l'allocation des risques doit être abordée dès la définition du projet.

ment au souci de justification du recours au partenariat public/privé (souci formulé explicitement par le Conseil constitutionnel) ; néanmoins, elle aura assurément pour effet de faciliter ce travail d'analyse comparative des différents instruments juridiques permettant de satisfaire les besoins hospitaliers dont le programme détaillé aura ainsi été établi.

Troisièmement, l'une des principales conséquences de cette approche alternative porte sur la répartition des risques entre le donneur d'ordres et le prestataire. 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 appartiendra au donneur d'ordres de s'assurer que le bien est

public de faire supporter à son prestataire le 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. À 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.

Quatrième point, le choix du PFI emporte également d'importantes conséquences en ce qui concerne la rémunération du projet.

besoin permanent de l'ouvrage, ou, plus généralement, si l'ouvrage peut faire l'objet d'utilisations alternatives, le coût supporté par le donneur d'ordres public pourra être proportionnel à son usage effectif, ce qui constitue une source d'économie considérable par rapport à l'acquisition d'un ouvrage similaire dans une démarche classique.

Cinquième point, la rémunération rétribuant une prestation complexe et non exclusivement la livraison d'un actif, l'approche PFI permet d'établir une corrélation étroite entre le niveau de la rémunération et la satisfaction de critères, fondés généralement sur des conditions de disponibilité et/ou de qualité de la prestation. Ce système se traduit généralement par un mécanisme de bonifications et de pénalités, appliquées sur la rémunération de la prestation.

Les critères d'évaluation doivent être objectifs et sélectionnés de manière à assurer la pérennité de la qualité de la prestation fournie pendant toute la durée du contrat. Ces critères et, d'une manière générale, le mécanisme de paiement, seront le reflet de l'allocation des risques opérée entre le donneur d'ordres et le prestataire; ils compteront pour une part importante dans l'appréciation de la bancabilité du projet.

Par conséquent, si les risques ont été alloués d'une manière non rationnelle entre le donneur d'ordres et le prestataire et créent un aléa significatif sur la récurrence et le volume des flux financiers versés par le donneur d'ordres, cet aléa sera pleinement pris en compte par le prestataire dans sa proposition de prix et par les banques dans leurs propositions de financement. Il pourra donc en résulter une augmentation significative du coût du projet.

En ce qui concerne les opérations de BE, le code de la santé publique impose une stricte transparence concernant le calcul de la rémunération du prestataire, à peine de nullité du contrat⁽⁹⁾. Est sanctionné de la même manière le défaut d'instauration d'un mécanisme de contrôle de la qualité des prestations et de prise en compte du niveau de la qualité dans la rémunération. La force de la sanction souligne donc l'importance de ces clauses.

Sixième et dernier point: lorsqu'il porte non seulement sur la construction mais aussi sur l'entretien et la maintenance d'un établissement hospitalier conforme aux normes pendant toute la durée du BE, ce contrat PFI est susceptible d'engendrer des craintes de la part des agents hospitaliers relayés par leurs syndicats au sujet des emplois. En effet, l'externalisation vers le privé de certaines fonctions risque de susciter des inquiétudes. Cette dimension sociale devra être parfaitement appréhendée, à défaut elle serait susceptible de disqualifier d'emblée cette nouvelle technique.

Encadrement juridique de l'autonomie contractuelle des EPS en matière de BE

L'ordonnance du 4 septembre 2003 constitue un nouvel instrument permettant aux EPS d'avoir, pour leurs infrastructures, un accès facilité au financement privé. Dans ce cadre, les EPS disposent d'une autonomie contractuelle relative, qui mérite d'être examinée sous deux angles.

La justification du recours au BE

Il est remarquable que l'ordonnance du 4 septembre 2003 n'ait pas prévu de procédure d'analyse comparative préalable des mérites du recours au bail emphytéotique par rapport aux procédés traditionnels de réalisation des équipements hospitaliers (sous maîtrise d'ouvrage publique).

À l'opposé, l'avant-projet d'ordonnance générale PPP reprend explicitement, et au mot près, la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 relative à la loi du 2 juillet 2003, laquelle constitue pourtant le fondement législatif commun des deux ordonnances précitées.

La question est donc la suivante: dans le silence de l'ordonnance Mattei sur le respect d'une procédure préalable d'analyse comparative (par un organisme expert ou tout autre formule), la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel est-elle applicable au BE?

A priori, la réponse doit être affirmative: depuis une décision de 1962, le Conseil

constitutionnel considère que ses décisions, et en particulier les motifs qui constituent le fondement nécessaire de leur dispositif, ont « autorité de la chose décidée » aussi bien à l'égard des autorités judiciaires qu'à l'égard des autorités administratives. Autrement dit, l'interprétation constructive et validante donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 s'impose non seulement au pouvoir réglementaire, auteur des ordonnances mais aux EPS eux-mêmes lorsqu'ils mettront en œuvre l'ordonnance Mattei, ainsi qu'aux juges éventuellement saisis d'un contentieux relatif au BE hospitalier. Il conviendra donc de justifier, dans chaque cas, le recours au bail emphytéotique pour réaliser un bien immobilier à vocation hospitalière en avançant un motif d'intérêt général suffisant. Telle est, en tout état de cause, la directive donnée à titre interprétatif par le ministre dans sa circulaire du 13 octobre 2003⁽¹⁰⁾.

Précisément, il est permis de s'interroger sur la nature des motifs d'intérêt général susceptibles de justifier le recours à un tel financement privé.

À cet égard, le Conseil constitutionnel a cité deux types de motif d'intérêt général recevables, relatifs à l'urgence d'une part, aux nécessités économiques, fonctionnelles et techniques d'autre part. Ces motifs sont-ils

notes

(9) L'article L. 6148-5 du code de la santé publique dispose que les baux doivent comporter des clauses portant, notamment, sur la transparence et les règles de contrôle relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l'assiette de la rémunération de l'emphytéote et leur évolution, en distinguant l'investissement, le fonctionnement et le coût financier; sur le contrôle de la qualité et le lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, ainsi que les conditions d'application d'éventuelles sanctions.

(10) « Le choix de la modalité de réalisation d'un investissement la plus adaptée nécessite une analyse préalable des avantages et des inconvénients (financiers, techniques, délais de réalisation, etc.) de chacune des possibilités tenant compte des caractéristiques du besoin à couvrir, de la situation financière de l'établissement et des compétences techniques disponibles » (circulaire DHOS n° 2003-485 du 13 octobre 2003, § IV, p. 7).

simplement illustratifs (comme le donne à penser la rédaction de la décision du Conseil constitutionnel qui emploie la formule « motifs d'intérêt général tels que [...] ») ou, au contraire, exclusifs? La doctrine est divisée sur l'interprétation à donner de cette réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel. Le fait que le dernier projet d'ordonnance générale PPP ⁽¹¹⁾ se contente de faire référence à une justification par l'intérêt général (art. 2, al. 1) tend à confirmer le caractère illustratif de ces motifs.

En toute hypothèse, dans le domaine hospitalier, il est à peu près certain que le premier type de motif d'intérêt général cité par le Conseil constitutionnel sera présent, à savoir « l'urgence à rattraper un retard préjudiciable » dans un domaine considéré. Les travaux préparatoires de la loi du 2 juillet 2003 ainsi que le plan Hôpital 2007 tendent à montrer que le secteur hospitalier est précisément l'un de ceux pour lesquels l'urgence des besoins de construction et de réhabilitation des équipements immobiliers est la plus affirmée.

Spécificité de la procédure de passation du BE

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. Certes, le législateur de 1988 s'en était dispensé lorsqu'il a institué le bail emphytéotique administratif (BEA) et, au demeurant, le Conseil d'État avait pu considérer que ces baux ne relevaient pas du code des marchés publics. Toutefois, dans le cas des contrats de partenariat visés à l'article 6 de la loi d'habilitation, et en particulier pour le BE hospitalier, la prudence imposait de suivre une procédure de publicité et de mise en concurrence afin d'échapper aux critiques d'origine constitutionnelle (susceptibles

d'être fondées sur les « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique ») et communautaire (le BE pouvant s'inscrire dans le champ d'application de la directive Travaux).

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, distincte de celles prévues au code des marchés publics ou par la loi Sapin concernant les délégations de service public.

En réalité, la procédure prévue par l'ordonnance Mattei n'est pas très éloignée d'un « marché négocié après publicité et mise en concurrence préalable » (bien qu'il ne s'agisse pas d'un marché public au sens du droit administratif interne). Plus précisément, la description de cette procédure donnée à l'article L. 6148-5 du CSP permet de la qualifier de « dialogue compétitif » quand bien même le terme de dialogue n'est pas utilisé. Seule est prévue une « négociation » avant la remise de l'offre finale, ce qui, du reste, distingue les procédures de dialogue compétitif des procédures de marchés négociés dans lesquelles la négociation n'intervient qu'après la remise des offres.

Pour autant, ce « dialogue compétitif hospitalier » n'est pas très différent – quoique moins sophistiqué – du dialogue compétitif instauré par le nouveau CMP (*cf.* art. 67 du CMP résultant du décret du 7 janvier 2004), ni de la procédure de dialogue prévue dans l'avant-projet d'ordonnance générale PPP (*cf.* art. 4 et 5) dont la rédaction est cependant plus « européenne ».

Au demeurant, l'un des enjeux du BE en termes de sécurité juridique réside dans son « euro-compatibilité ». À cet égard, il serait prudent de s'assurer pour chaque opération de BE de la compatibilité de la procédure de passation avec la directive fusion secteurs classiques ⁽¹²⁾ dont les articles 29 et 30 instituent une nouvelle procédure négociée (dialogue compétitif) réservée aux montages « particulièrement complexes ».

En effet, certains BE pourraient être qualifiés de « marchés publics de travaux » au sens communautaire et devraient en principe relever pour leur passation – sauf si les

conditions du recours au dialogue communautaire sont remplies – d'une procédure restreinte d'appel d'offres. D'autres BE, en revanche, pourraient être regardés comme des « concessions de travaux » et pourront alors faire l'objet d'une procédure négociée pour le choix du concessionnaire. Enfin, certaines prestations, réalisées en marge d'un BE, pourront être qualifiées de « concessions de services » et échapper au champ d'application des directives Marchés publics si elles concernent des activités complémentaires mais indépendantes de la concession ou de la construction de l'ouvrage.

Dans tous les cas, les principes du traité de Rome et les règles dégagées par la Cour de justice de l'Union européenne imposeront de respecter un degré de publicité adéquate et de transparence du choix effectué.

Importance du suivi du contrat en phase d'exploitation

La durée et la complexité sont deux caractéristiques essentielles des contrats de PFI et les BE n'y font pas exception. Il est donc particulièrement important que les futurs donneurs d'ordres publics prennent la dimension de cette complexité et se dotent des ressources nécessaires pour assurer un suivi adéquat de ces contrats.

Ce suivi est nécessaire en premier lieu pour s'assurer de la bonne exécution des prestations. Si l'un des avantages des contrats PFI est la pérennité de la qualité des prestations – notamment de maintenance –, cette pérennité implique que les prestations fournies au donneur d'ordres soient évaluées d'une manière régulière et rigoureuse, notamment pour la mise en œuvre des mécanismes de pénalités affectant la rémunération. Le contrat prévoira à cet égard les modalités de ces contrôles et de constatation des manquements aux critères définis pour les prestations.

D'une manière générale, il est souhaitable que les relations entre le donneur d'ordres et le prestataire soient organisées au sein d'un comité de liaison (ou de pilotage), qui constituera un forum d'échanges réguliers entre les parties.

notes

(11) Accessible en ligne sur le site *Achatpublic.com* au 5 mars 2004.

(12) Adoptée par le conseil de l'Union européenne le 3 février 2004 mais non encore publiée.

Sur un plan plus formel, il est possible – et certainement probable – 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 ⁽¹³⁾. C'est la raison pour laquelle les contrats de type PFI 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 le modifier. Ces modifications peuvent, par exemple, porter sur :

- la révision du prix d'un service fourni dans le cadre du BE, 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 éventuels qui peuvent résulter de ces modifications.

Un autre aspect important du suivi de ces contrats est la résolution des désaccords. Ici encore, les occasions de conflits sont multiples dans une relation de longue durée et il est nécessaire de prévoir dès le départ un mode de résolution amiable de ces litiges. Typiquement, de tels contrats prévoient des mécanismes de concertation à plusieurs niveaux, par lesquels les litiges, à défaut de résolution à un niveau hiérarchique donné, sont soumis à l'échelon hiérarchique supérieur de chaque partie, jusqu'à, le cas échéant, la direction générale de chacune d'elles. Il est également possible de prévoir dans ces contrats de confier à un tiers expert le soin de trancher le litige, d'une manière définitive ou non ⁽¹⁴⁾.

En tout état de cause, aucune partie n'a, dans ce type de contrats, intérêt à voir celui-ci résilié en cas de difficulté sérieuse, en particulier les banques, car une résiliation anticipée pose pour elles la question du remboursement des prêts consentis au prestataire. De fait, ces conventions contiennent généralement des clauses dites de « step in », par lesquelles, en cas de défaillance du prestataire pouvant donner lieu à résiliation, les banques peuvent prendre temporairement le contrôle du projet et, en concertation ⁽¹⁵⁾ avec le donneur d'ordres, rechercher un nouveau prestataire qui pourra poursuivre le contrat jusqu'à son terme et, ainsi, assurer la continuité du service fourni dans le cadre de ce contrat.

Dans le même esprit, 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 assurément 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 ».

Conclusion

Si l'introduction des contrats de type PFI en France a fait, et fera, l'objet de nom-

breuses discussions et polémiques, ces contrats ont fait leurs preuves dans d'autres pays européens. Il était donc important que la France se dote des instruments juridiques nécessaires pour utiliser ces nouvelles techniques. Elles ne constituent cependant pas une solution miracle et doivent être utilisées sans esprit de doctrine et avec discernement (comme c'est le cas en Grande-Bretagne, où seulement un nombre limité d'investissements publics fait l'objet de PFI).

S'agissant du BE, celui-ci constitue un cadre relativement souple et adaptable et doit avant tout être considéré sous l'angle du pragmatisme et de l'intérêt que cette solution peut présenter pour le service public de la santé, en particulier en termes de coût, de qualité de service et de rapidité. Ce dernier point est particulièrement important compte tenu de la situation actuelle du parc hospitalier et de la pression croissante des usagers sur l'administration, qui tend à faire de la rapidité un nouveau principe régissant le service public et s'ajoutant aux traditionnels principes d'égalité, de continuité et de mutabilité. À cet égard, le BE – et plus généralement les PFI – permettra sans doute de réduire l'écart entre temps « privé » et temps « public » en assurant des délais de réalisation des projets plus en phase avec ceux auxquels aspirent les usagers. •

notes

(13) Autrement dit, et ainsi qu'il est de règle dans les marchés publics et les délégations de service public, 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. Bien qu'en l'espèce le BE ne constitue ni un marché public (au sens du CMP), ni une délégation de service public, il est soumis à une exigence de mise en concurrence. Par suite, son économie contractuelle ne pourra être sujette à bouleversement.

(14) Ce qui peut poser, dans le cas du BE, le problème de la licéité du recours à l'arbitrage (compromis et/ou clause compromissoire)

par une personne publique et a fortiori par un établissement public à caractère administratif tel qu'un EPS, puisque la prohibition de l'arbitrage prévue pour les personnes publiques à l'article 2060, al. 1, du code civil ne connaît que deux sortes de dérogation : par voie de décret mais uniquement pour les EPIC ou par voie législative. Or, contrairement au projet d'ordonnance générale PPP (cf. art. 12 de l'avant-projet), l'ordonnance Mattei n'a pas prévu la possibilité de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges contractuels relatifs au BE.

(15) Dans l'hypothèse du BE, c'est plus exactement l'accord exprès du donneur d'ordres public qui sera requis, non seulement

sur le principe de la mise en œuvre de la clause de step in (en lieu et place d'une mesure de résiliation du contrat) mais aussi sur la personne du nouveau prestataire. En effet, le BE étant conclu – comme les délégations de service public – 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.