

## 19 Les contrats administratifs de construction d'ensembles hospitaliers

Par Julie DESBRUÈRES-ABRASSART, et Jean-Marc PEYRICAL,  
Avocat à la Cour | Maître de conférence des Universités, Avocat à la Cour

**Des évolutions textuelles récentes, résulte l'apport de deux sortes de contrats globaux pour la construction d'ensembles hospitaliers : ceux de l'ordonnance du 19 septembre 2003, ceux de l'ordonnance générale du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.**

1 - La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003<sup>1</sup> portant simplification du droit a habilité le Gouvernement à prendre des ordonnances visant à mettre en place des partenariats publics privés (ci-après PPP).

Parmi ces ordonnances, un texte cadre, destiné à mettre en place un régime juridique pour la passation et l'exécution de ces contrats, était très attendu ; finalement publié au mois de juin 2004<sup>2</sup>, ce texte serait venu révolutionner le monde des contrats publics en instaurant, à côté des marchés publics et des délégations de service public, une nouvelle catégorie de contrats non régie par le Code des marchés publics ou la loi *Sapin* n° 93-122 du 29 janvier 1993<sup>3</sup> : les contrats de partenariat.

Il faut cependant rappeler, d'une part, que, préalablement à ce texte, avaient été mises en place pour l'administration des techniques comme celle du bail emphytéotique administratif (CGCT, art. L. 1311-2 et s.), lequel fait figure de précurseur de cette catégorie de contrats de partenariat, un décret ayant récemment étendu le champ d'application du bail emphytéotique administratif, notamment aux bâtiments de la police, la justice et la gendarmerie<sup>4</sup>.

D'autre part, cette ordonnance doit être replacée dans un contexte textuel – lois n° 2002-1094 du 29 août 2002 pour les bâtiments de police et de gendarmerie<sup>5</sup> et n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 pour les établissements pénitentiaires<sup>6</sup> – relativement foisonnant s'agissant de la détermination des modalités contractuelles de partenariat public-privé.

2 - C'est dans ce contexte que le Gouvernement, habilité par la loi précitée, a pu publier l'ordonnance n° 2003-850 du 19 septembre 2003 permettant aux établissements publics de santé d'avoir recours au financement privé, notamment par l'utilisation de la technique du bail emphytéotique administratif, en impliquant ainsi un partage des risques entre l'établissement hospitalier, le titulaire et l'établissement financier susceptible d'intervenir.

Malgré la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004 portant régime général des contrats de partenariat, qui concerne également les établissements publics de santé, l'ordonnance du 19 septembre 2003<sup>7</sup> reste en vigueur, les hôpitaux ayant, en quelque sorte, le choix entre deux régimes juridiques différents ; il existe une dualité de régimes juridiques applicables aux établissements hospitaliers en matière de PPP.

En outre, la loi du 9 août 2004 est venue compléter les dispositions du Code de la santé publique afin d'appliquer la procédure spécifique de passation de contrats de partenariat au bail emphytéotique hospitalier<sup>8</sup>, amenant par là même, sans toutefois aller au bout de la logique, des éléments de cohérence entre les différents régimes juridiques applicables jusqu'alors.

Le « bail emphytéotique hospitalier » tout comme le « contrat de partenariat hospitalier » sont des contrats complexes qui sont utilisés pour l'édification d'un bien immobilier en vue de « l'accomplis-

sement pour le compte de l'établissement ou de la structure d'une mission concourant à l'exécution du service public [...] ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général »<sup>9</sup>.

Toutefois, le recours au contrat de partenariat doit rester exceptionnel, ainsi qu'en dispose l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>10</sup> ; ce caractère exceptionnel n'est pas applicable aux baux emphytéotiques hospitaliers, ce qui traduit là une différence fondamentale entre deux catégories contractuelles pourtant proches l'une de l'autre.

3 - La présente présentation sera concentrée sur un exposé de la comparaison des questions et des problématiques qui peuvent se poser dans le cadre de la mise en place d'un bail emphytéotique hospitalier ou d'un contrat de partenariat hospitalier ; sachant que, bien évidemment, les responsables de l'administration hospitalière s'interrogent sur plusieurs points de cette nouvelle réglementation qui doit être, avant tout, conçue comme un outil parmi d'autres permettant de bénéficier, dans un temps limité et avec un minimum de risques financiers, d'ouvrages et d'équipements de santé de qualité et correspondant aux besoins – souvent urgents – des usagers du service public de la santé.

Pour répondre à ces différentes problématiques, il faut déterminer ce que sont le bail emphytéotique hospitalier et le contrat de partenariat hospitalier (I) et rappeler les flux financiers entre les parties (II), avant de revenir sur la façon dont est partagé le risque entre ces dernières (III).

### I. - DÉFINITION ET MISE EN ŒUVRE DES « CONTRATS HOSPITALIERS »<sup>11</sup>

4 - L'ordonnance du 19 septembre 2003, l'ordonnance du 17 juin 2004, et la Loi du 9 août 2004 déterminent les modalités de consultation par l'établissement public de santé des candidats au bail emphytéotique hospitalier ou au contrat de partenariat hospitalier.

La procédure de consultation introduite par l'ordonnance du 19 septembre 2003 s'apparentait à celle des délégations de services publics.

Cette procédure a été revue par la loi du 9 août 2004 pour tenir compte des dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004, et ainsi unifier les procédures de passation des contrats globaux de constructions en matière hospitalière, et permettre notamment le recours au dialogue compétitif<sup>12</sup>.

Ainsi, il n'existe plus en matière de « contrats hospitaliers » que la procédure définie par l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique renvoyant aux dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>13</sup>.

1. JO n° 152, 3 juill. 2003.

2. Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : JO 19 juin 2004, p. 10994.

3. JO n° 25, 30 janv. 1993.

4. D. n° 2004-18, 6 janv. 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État.

5. JO n° 202, 30 août 2002.

6. JO n° 211, 10 sept. 2002.

7. Ord. n° 2003-850, 19 sept. 2003 : JO n° 206, 6 sept. 2003.

8. L. n° 2004-806, 9 août 2004 relative à la politique de santé publique : JO n° 186, 12 août 2004.

9. C. santé publ., art. L. 6148-2.

10. Et ainsi qu'en dispose le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 juin 2003.

11. Par « contrat hospitalier » on entend, dans le cadre de la présente note, le bail emphytéotique hospitalier ET le contrat de partenariat hospitalier.

12. C. santé publ., art. L. 6148-5 nouveau.

13. Ainsi, la loi du 9 août 2004 a modifié l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique, lequel prévoit désormais que le bail emphytéotique hospitalier, tout comme le contrat de partenariat, sont soumis à la procédure de passation déterminée par les articles 3, 4, 6, 7 et 9 sauf alinéa 4 de l'ordonnance du 17 juin 2004. On peut simplement noter que le bail emphytéotique hospitalier (BEH),

Ladite procédure ne fera pas l'objet ici d'une analyse. On peut simplement retenir que cette dernière ne vise pas, au contraire, à s'écarter des règles de publicité et de mise en concurrence<sup>14</sup>, conformément au régime de passation évoqué par la Commission européenne dans son Livre vert sur « les PPP et le droit communautaire des marchés publics et ces concessions » présenté le 30 avril 2004, qui pose notamment comme objectif celui « d'assurer le développement du PPP dans des conditions de concurrence effective et de clarté juridique ».

## A. - L'origine des « contrats hospitaliers »

### 1° Le bail emphytéotique hospitalier

5 - À titre préliminaire, on rappellera simplement le régime du bail emphytéotique administratif qui a été institué par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation et codifié aux articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales, régime qui constitue le fondement du bail emphytéotique hospitalier actuel.

Le bail emphytéotique administratif est lui-même inspiré des dispositions de droit commun du bail emphytéotique, à savoir par les articles L. 451-1-1 à L. 451-13 du Code rural.

L'article L. 451-1 du Code rural dispose ainsi que : « Le bail emphytéotique de bien immeuble confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de 18 années et ne peut dépasser 99 ans, il ne peut se prolonger par tacite reconduction ».

Le régime du bail emphytéotique issu du Code rural a longtemps posé diverses questions quant à son application au domaine public, et ce, notamment, du fait de la constitution d'un droit réel sur ce domaine public<sup>15</sup>.

C'est pourquoi, la loi du 5 janvier 1988 précitée a permis aux collectivités territoriales de bénéficier de baux emphytéotiques administratifs leur permettant de répondre à leurs besoins en financement privé d'équipements publics, et en solutionnant, tout en la légitimant, la question des droits réels octroyés au titulaire du bail<sup>16</sup>.

6 - C'est donc l'ordonnance du 19 septembre 2003 qui a permis d'étendre la technique du bail emphytéotique administratif aux établissements de santé ainsi qu'aux structures de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

Cette ordonnance a modifié les articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales, mais a également créé les articles L. 6148-1 et suivants du Code de la santé publique lesquels déterminent le régime applicable en matière de bail emphytéotique hospitalier.

### 2° Le contrat de partenariat hospitalier

7 - Le contrat de partenariat hospitalier a été introduit par l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>17</sup>.

Ce contrat n'a pas suscité les mêmes interrogations que le bail emphytéotique hospitalier dès lors que, notamment, la constitution de droit réel sur le domaine public est un phénomène accepté par les textes et la jurisprudence, ainsi que cela a été rappelé ci-dessus.

En revanche, les contrats de partenariats engendrent de manière générale un grand nombre de questions quant à leurs modalités de mise en œuvre<sup>18</sup>, et ce notamment au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 23 juin 2003<sup>19</sup>.

On peut notamment se référer aux conditions dans lesquelles l'établissement public de santé peut utiliser le contrat de partenariat : urgence, complexité du projet, motif de caractère économique, financier, juridique et administratif<sup>20</sup>.

Ces conditions ont été posées afin qu'il ne soit recouru au contrat de partenariat qu'à titre exceptionnel. En outre, ces conditions

en vertu du nouvel article L. 6148-5 du Code de la santé publique, doit comporter une concurrence réelle.

En outre, la loi du 9 août 2004 a introduit un nouvel article L. 6148-5-1 dans le Code de la santé publique précisant que le BEH est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

14. Au contraire, la passation de ces contrats doit être précédée d'un avis d'appel public à la concurrence.

15. Pour l'État et ses établissements publics, la possibilité d'octroyer les droits réels sur ce domaine public a été octroyée par la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 : JO n° 171, 26 juill. 1994.

16. La jurisprudence étant particulièrement rigoureuse sur ce point.

17. Ord. 17 juin 2004, art. 19.

18. *Caz. cnes 2004, cahier détaché n° 2 - 29/1751.*

19. *Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003.*

20. Ord. 17 juin 2004, art. 2.

doivent être appréciées au regard d'une évaluation effectuée par la personne publique.

Quant au bail emphytéotique hospitalier, l'établissement public de santé peut l'utiliser en vue de l'accomplissement d'une mission concourant à l'exercice du service public ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général<sup>21</sup>.

## B. - Le caractère global des « contrats hospitaliers »

8 - L'objectif des « contrats hospitaliers » est de permettre à l'administration de disposer d'un contrat global permettant de recouvrir toutes les modalités de la construction d'un ensemble hospitalier.

### 1° Le caractère indissociable du bail emphytéotique hospitalier et de la convention de mise à disposition

9 - La mise en place d'un bail emphytéotique hospitalier, tout comme le bail emphytéotique administratif, nécessite que soit rédigée, en parallèle, une convention de mise à disposition des biens ainsi construits.

En effet, le bail emphytéotique hospitalier a pour objet de mettre en place, non seulement, un financement privé de la construction de biens publics, mais doit également permettre la maintenance et l'entretien du bien par le titulaire.

C'est pourquoi, dans le cadre du bail emphytéotique administratif tout comme le bail emphytéotique hospitalier, il est indispensable que le bail emphytéotique ainsi que la convention de mise à disposition, voire d'exploitation des biens, soient indissociables, non seulement en termes de passation mais aussi d'exécution.

Notamment, la résiliation ou la fin de l'une entraîne nécessairement la fin de l'autre ; on peut ainsi difficilement imaginer voir perdurer une convention de mise à disposition des biens auprès d'un établissement hospitalier alors que le contrat de bail, ayant permis la construction et le financement de ces biens, a disparu.

10 - Le caractère indissociable de ces deux conventions est susceptible de poser plusieurs problèmes, dont celui de l'absence de paiement par le titulaire de ses échéances au titre du contrat de crédit-bail entraînant ainsi la résiliation de ce dernier et donc la fin du financement de l'opération (dans le cadre d'un financement du projet par recours à un crédit-bail).

Ainsi que cela sera analysé ci-après, et afin de prévenir ce genre de problèmes, il est très important de mettre en place une convention tripartite entre l'établissement hospitalier, le titulaire et l'établissement financier qui aura pour objet de prévoir les conséquences de la fin de la résiliation anticipée de l'une des conventions, et surtout du contrat de crédit-bail sur l'ensemble du projet.

Il faut également s'interroger sur l'avenir de ces conventions lorsque l'établissement hospitalier manque à ses obligations vis-à-vis du titulaire.

Les obligations contractuelles de l'établissement hospitalier seront rappelées ci-après.

### 2° La globalité de l'opération de partenariat

11 - Le contrat de partenariat a lui aussi pour objet la construction d'un bien ainsi que son entretien, ainsi qu'en dispose l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>22</sup>.

Toutefois, on constate que la globalisation de l'opération ne passe plus par le caractère indissociable de deux conventions, mais par le fait que l'administration dispose d'un interlocuteur unique, en charge de mettre en œuvre tous les contrats nécessaires pour exécuter la mission qui lui est confiée.

Ainsi, la délégation de maîtrise d'ouvrage de la personne publique à la personne privée est encore plus marquée dans le cadre du contrat de partenariat que dans le cadre du bail emphytéotique hospitalier.

21. *C. santé publ., art. L. 6148-2.*

22. « Les contrats de partenariats sont des contrats administratifs par lesquels [l'établissement de santé] confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou à la 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. » [mentions soulignées par nous].

## C. - Les clauses obligatoires

### 1° Les clauses obligatoires du bail emphytéotique hospitalier

12 - L'article L. 6148-3 du Code de la santé publique détermine les clauses qui doivent figurer dans la convention de mise à disposition :

- les engagements respectifs du propriétaire et de l'établissement hospitalier ;
- la durée ;
- les modalités de location ;
- les modalités de révision du loyer ;
- les obligations en matière d'entretien ;
- les obligations en matière d'adaptation éventuelle des locaux au respect des conditions techniques de fonctionnement de l'établissement hospitalier ;
- le régime de responsabilité des parties.

L'article L. 6148-5 du Code de la santé publique détermine par ailleurs les clauses obligatoires du bail emphytéotique :

- la durée, strictement adaptée à l'objet du contrat : minimum 18 ans ;
- 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 ;
- le montage financier et les garanties financières prévues ;
- 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 ;
- les modalités de contrôle des opérations ;
- les moyens d'assurer la continuité du service.

Il est donc essentiel que les établissements de santé prennent conscience de la nécessité d'instaurer de telles clauses, dont l'absence pourra fragiliser la légalité juridique de leurs contrats, et donc de l'impératif de prêter une attention toute particulière à la rédaction du contenu de ces derniers.

### 2° Les clauses obligatoires du contrat de partenariat hospitalier

13 - L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précise que les clauses suivantes sont obligatoires dans le contrat de partenariat :

- durée ;
- conditions de partage des risques entre personne privée et personne publique ;
- objectifs de performance en terme de qualité des ouvrages ou prestations et des conditions de mise à disposition de la personne publique ;
- rémunération du cocontractant distinguant coût d'investissement, de fonctionnement, de financement, et, le cas échéant les recettes du cocontractant, ainsi que les modalités de compensation entre les sommes dues par le cocontractant (pénalités) et celles dues par la personne publique ;
- obligations de respecter les exigences du service public ;
- modalités de contrôle de l'exécution du contrat par la personne publique (notamment recours aux PME et artisans) ;
- sanctions et pénalités en cas de non respect par le cocontractant de ses obligations ;
- modalités de modification unilatérale du contrat par la personne publique pour les besoins du service public ;
- contrôle de la personne publique sur la cession totale ou partielle du contrat ;
- conséquences de la défaillance du cocontractant, voire de la résiliation du contrat ;
- conséquences de la résiliation du contrat au regard de la propriété des équipements ;
- règlement des litiges.

On peut constater que cette liste de clauses obligatoires présente certaines similitudes avec celle du bail emphytéotique hospitalier.

Dès lors que le contrat de partenariat a pour objet la conception d'un ouvrage, l'article 12 complète la liste des clauses obligatoires, lesquelles sont les suivantes :

- identification du maître d'œuvre ;
- projet architectural (si nécessaire).

### 3° Les principales différences concernant les clauses obligatoires du bail emphytéotique hospitalier et celles du contrat de partenariat hospitalier

14 - Ainsi, dans le contrat de partenariat, tout comme dans le bail emphytéotique hospitalier, il est obligatoire d'indiquer une durée, la rémunération (sauf à dire que les PPP n'insistent pas sur l'obligation de transparence et de contrôle par la personne publique), les modalités de contrôle des opérations, les moyens d'assurer la continuité du service.

Toutefois, il semble étonnant qu'il ne soit pas indispensable de mentionner dans le contrat de partenariat hospitalier les conditions dans lesquelles est financée l'opération envisagée, à la différence du bail emphytéotique hospitalier.

Il n'est pas non plus obligatoire d'introduire, dans le cadre de partenariat hospitalier, un lien entre la rémunération du cocontractant et la qualité du service.

La remise des biens à la personne publique en fin de contrat n'est pas non plus clairement précisée, dans le contrat de partenariat hospitalier, même si elle est inhérente au contrat de partenariat, tout comme au bail emphytéotique hospitalier.

Enfin, il semble surprenant d'envisager dans les clauses obligatoires du contrat de partenariat hospitalier les modalités de cession partielle ou totale du contrat. Effectivement, s'agissant d'un contrat administratif avec une personne publique sur un bien public (au moins par destination), il est surprenant que ne soit pas plutôt prohibée la cession du contrat – tout comme dans le bail emphytéotique hospitalier –, tout en prévoyant que ce principe d'interdiction puisse souffrir des aménagements.

### D. - Les relations contractuelles entre les parties au « contrat hospitalier »

15 - Seront notamment détaillées ci-après les relations contractuelles entre les parties au bail emphytéotique hospitalier car celles-ci sont plus détaillées par les textes applicables.

#### 1° Les relations contractuelles entre les parties à un bail emphytéotique hospitalier

16 - Dans le cadre du bail emphytéotique hospitalier, il est très important de garder à l'esprit l'organisation des relations contractuelles entre les parties, lesquelles peuvent être légèrement différentes des flux financiers :

- Il convient de distinguer :
  - la location du terrain (a) ;
  - la construction des biens (b) ;
  - la maintenance des biens (c) ;
  - le financement des biens (d).

#### a) L'établissement public de santé donne au titulaire un terrain en location

17 - Le terrain objet du bail peut appartenir au domaine public ou privé de la personne publique, à l'exception des dépendances rentrant dans le champ d'application de la contravention de voirie<sup>23</sup>.

Toutefois, cette distinction entre domaine public et privé de l'établissement hospitalier n'est pas très utile dès lors qu'une fois le domaine privé affecté à une mission de service public et aménagé à cet effet, il intégrera de fait le champ du domaine public.

Par ailleurs, l'établissement de santé devra s'engager à respecter un certain nombre d'obligations lors de la mise à disposition du terrain, tel que cela sera exposé ci-après (III, A, 1°).

b) Le titulaire s'engage à construire des biens selon un programme établi par l'établissement de santé, mais dont il reste le maître d'ouvrage, ce qui constitue une dérogation à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique du 12 juillet 1985

18 - Dans le cadre des travaux nécessaires à la construction des biens qui feront l'objet d'une mise à disposition au profit de l'établissement public de santé, il sera nécessaire de détailler précisément quels seront ceux à réaliser ainsi que le calendrier prévu pour cette réalisation, les possibilités de prorogation des délais de livraison ainsi que les modalités de réception des travaux.

Il doit être rappelé ici que le titulaire passera avec un constructeur un marché privé des travaux pour la réalisation des biens qui seront ensuite mis à la disposition de l'établissement de santé.

23. C. santé publ., art. L. 6148-2.

Ainsi, il est très important de mettre en ligne le marché privé de travaux et les modalités de réalisation de ces derniers qui figureront dans le bail emphytéotique hospitalier, afin que les biens réalisés correspondent exactement à ceux attendus par l'établissement hospitalier.

Comme cela a été indiqué ci-dessus, c'est bien le titulaire, en tant que maître d'ouvrage, qui prononcera la réception des travaux et non l'établissement de santé, ce dernier ne pouvant endosser les responsabilités liées à la réception d'ouvrages réalisés par un autre.

Toutefois, il est envisageable de mettre en place une « certificat de conformité » qui permettrait à l'établissement de santé de délivrer un tel certificat au titulaire, lui indiquant ainsi que les travaux réalisés correspondent à ceux attendus par lui.

*c) Le titulaire s'engage, dans le cadre de la convention de mise à disposition, à procéder à la maintenance et à l'entretien des biens ainsi réalisés*

19 - Cette maintenance devra être faite en conformité avec les exigences du service public, et respecter notamment des indicateurs de performance qui auront été définis par l'établissement hospitalier et le titulaire au moment de la conclusion du bail emphytéotique hospitalier.

En effet, il est important que l'établissement hospitalier soit en mesure de définir précisément son besoin, afin que le titulaire y réponde tout aussi précisément : c'est donc en commun que doivent être mis au point les indicateurs de performance, qui pourront concerner tant des éléments de qualité que de délai.

*d) Le financement du projet peut être réalisé soit par un emprunt soit par un crédit-bail souscrit par le titulaire auprès d'un établissement financier (on peut également imaginer que le titulaire s'autofinance ou bien que l'établissement hospitalier souscrive directement un contrat de crédit-bail auprès d'un établissement financier)<sup>24</sup>*

20 - Le contrat de crédit-bail, qu'il soit souscrit directement<sup>25</sup> par l'établissement hospitalier ou par le titulaire du bail emphytéotique hospitalier pour le financement du projet, revêt un caractère administratif.

Toutefois, il semble plus intéressant, pour l'établissement hospitalier, que ce soit la société titulaire du bail emphytéotique hospitalier qui ait recours au contrat de crédit-bail ou à l'emprunt ; la mise en place d'un mécanisme de crédit-bail étant d'ailleurs à même de soulever plusieurs questions, telles qu'exposées ci-après.

La complexité des relations contractuelles des parties justifiera la mise en œuvre préalable ou simultanée d'une convention tripartite entre les différents intervenants.

## 2° Les relations contractuelles entre les parties à un contrat de partenariat

21 - À défaut de précisions dans les textes publiés sur les contrats de partenariat hospitalier, il faut considérer que les relations contractuelles entre les parties seront identiques à celles existant dans le cadre d'un bail emphytéotique hospitalier, et ce, dès lors qu'il est également possible, dans le cadre d'un contrat de partenariat hospitalier, de recourir à un financement de l'opération par crédit-bail.

## E. - Les modalités de résiliation des « contrats hospitaliers »

### 1° Les modalités de résiliation du bail emphytéotique hospitalier et de la convention de mise à disposition

22 - Il faut rappeler que ces deux contrats sont indissociables et que, par conséquent, la résiliation de l'un entraîne automatiquement la résiliation de l'autre.

Ainsi, la résiliation du bail pourra bien entendu intervenir à l'initiative de l'établissement de santé pour un motif d'intérêt général, ou pour un manquement par le titulaire à ses obligations dans le cadre du bail ou de la convention de mise à disposition.

Le titulaire pourra, en cas de résiliation pour un motif d'intérêt général, être indemnisé forfaitairement du préjudice né de la résiliation anticipée.

Il est également possible d'imaginer un mécanisme de résiliation conventionnelle du bail.

Une telle résiliation aurait en réalité pour objet de sanctionner les manquements de l'établissement de santé à ses obligations contractuelles, ayant pour objet ou pour effet d'empêcher la réalisation des biens ou la mise à disposition du terrain et entraînant ainsi un préjudice direct pour le titulaire.

Ainsi, les parties peuvent s'accorder sur les causes menant à une résiliation conventionnelle : elles conviennent que, dès lors qu'une de ces causes se produit, elles procéderont ainsi à une résiliation conventionnelle du bail et bien entendu de la convention de mise à disposition.

Cette résiliation conventionnelle a pour seul objet de satisfaire à la faculté pour le titulaire de bénéficier d'une faculté de résiliation. Toutefois, il faudra être très prudent dans la rédaction d'une telle clause qui pourrait faire l'objet, en cas de contentieux entre les parties, d'une requalification par le juge du contrat.

La résiliation a pour première conséquence la remise des biens ainsi construits à l'établissement hospitalier.

Il est très important dans ce cadre de prévoir différentes conséquences de la résiliation, selon le moment auquel elle intervient. Effectivement, les conditions seront différentes selon que l'emprunt, ou le crédit-bail, sont ou non venus à échéance.

Les conséquences de la résiliation au regard du financement du projet seront étudiées ci-après.

### 2° Les modalités de résiliation du contrat de partenariat hospitalier

23 - Le contrat de partenariat hospitalier devra déterminer les modalités – lesquelles pourront être identiques à celles du bail emphytéotique hospitalier – et les conséquences de la résiliation dudit contrat.

Ces dernières devront être très attentivement étudiées.

En effet, il faudra envisager les conséquences de résiliation sur les éventuels autres contrats de sous-traitance notamment conclus par le cocontractant pour les besoins de la réalisation de l'opération envisagée.

Ainsi, les parties, et notamment le cocontractant, devront être très attentives à la rédaction des clauses de résiliation dans le cadre d'un contrat de partenariat hospitalier, dès lors que la résiliation ne devra pas, d'une part, porter préjudice au service public, et d'autre part, mettre le cocontractant en difficulté.

## II. - LES FLUX FINANCIERS ENTRE LES PARTIES AUX « CONTRATS HOSPITALIERS » ET LES MODALITÉS DE FINANCEMENT

24 - Seront indiquées ci-après, à titre principal, les modalités de financement à prévoir dans le bail emphytéotique hospitalier, lesquelles seront similaires à celles du contrat de partenariat hospitalier.

Les modalités de financement devront être précisément décrites non seulement dans le bail emphytéotique hospitalier, mais également dans une convention tripartite signée entre l'établissement hospitalier, le titulaire et l'établissement financier.

Le partenariat hospitalier devra également comprendre d'une part une convention tripartite, et d'autre part un contrat de partenariat.

### A. - Les flux financiers entre les parties

25 - Les flux financiers entre les parties différeront selon les projets. Seront décrits ci-après les échanges dans le cadre d'un bail emphytéotique hospitalier – ou contrat de partenariat hospitalier, sachant que, sur ce point, le même régime est quasiment applicable aux deux types de contrat – avec recours à un financement par crédit-bail.

Comme dans les relations contractuelles exposées ci-dessus, les flux sont au nombre de quatre et concernent :

- la location du terrain (1°) ;
- la construction des biens (2°) ;
- la maintenance des biens (3°) ;
- le financement des biens (4°) ;

#### 1° Le titulaire verse à l'établissement public une « redevance de terrain » au titre de la mise à disposition du terrain

26 - Cette redevance est généralement modique au regard de l'obligation pour le preneur d'opérer des constructions telles que décrites dans le bail emphytéotique.

24. C. santé publ., art. L. 6148-2.

25. T. confl., 23 févr. 2004, n° C3371, *Leasecom* c/ CHG Aix-en-Provence.

Toutefois, elle ne doit pas être nulle conformément à la jurisprudence *Soderly* du Conseil d'État<sup>26</sup>, le risque étant ici qu'elle traduise une libéralité ou qu'elle soit qualifiée d'aide économique illégale.

Sans doute que les établissements de santé ont intérêt à se fonder sur l'estimation des domaines afin de pouvoir déterminer l'assiette et le montant de cette redevance.

Quant au contrat de partenariat hospitalier, l'ordonnance du 17 juin 2004 n'apporte pas de précision quant à l'existence ou non – et encore moins quant à l'évaluation – d'une « redevance de terrain ». Toutefois, on peut présumer que la mise à disposition du terrain, si elle n'est pas facturée en tant que telle au cocontractant, on peut considérer qu'elle sera imputée d'une manière ou d'une autre sur la rémunération du cocontractant, et ce, afin de ne pas être qualifiée de libéralité ou d'aide économique illégale.

## **2° Ainsi que cela a déjà été exposé, le titulaire s'engage à construire les biens sur le terrain donné à bail par l'établissement public**

27 - En contrepartie de la mise à disposition des installations ainsi construites, l'établissement hospitalier s'engage à verser au titulaire « une redevance de mise à disposition », laquelle comprendra à la fois une redevance calculée en fonction de l'investissement réalisé par le preneur mais également le loyer financier dont celui-ci est redevable au regard de l'emprunt ou du crédit-bail qu'il a pu souscrire pour réaliser les constructions.

Il est impératif, dans le bail emphytéotique hospitalier tout comme dans le contrat de partenariat hospitalier, de distinguer dans le contrat la redevance calculée sur l'investissement de celle qui correspond au loyer financier susvisé (cf. I, C, 1° et 2°).

## **3° Une fois les biens construits, le titulaire s'engage à les maintenir et à les entretenir dans des conditions satisfaisant à l'exécution par l'établissement public de la mission de service public qui lui est impartie**

28 - Dans ce cadre, le titulaire s'engage à respecter des indicateurs de performance définis en début de contrat.

L'établissement hospitalier verse, à ce titre, une « redevance de maintenance » au titulaire.

Dans le cadre du bail emphytéotique hospitalier, le titulaire devra faire l'objet de sanctions pécuniaires applicable à la « redevance de maintenance » en cas de non respect des indicateurs de performance<sup>27</sup>, alors que dans le cadre du contrat de partenariat hospitalier, l'établissement hospitalier a la faculté, et non l'obligation, de recourir à de telles sanctions<sup>28</sup>.

## **4° Enfin, au titre du financement, lequel ne figure pas dans le bail emphytéotique hospitalier et la convention de mise à disposition, mais en est un accessoire, le titulaire verse à l'établissement financier les échéances au titre du crédit-bail ou de l'emprunt**

29 - Les modalités de financement apparaissent dans le bail emphytéotique hospitalier mais sont régies dans le cadre d'une convention tripartite ainsi que cela sera exposé ci-après.

On notera que, dans le cadre du contrat de partenariat hospitalier, le financement peut être inclus dans le même contrat.

## **B. - Les modalités de financement**

30 - Ainsi que cela a été précisé ci-dessus, il est possible, dans le cadre du projet global d'un établissement hospitalier, de recourir à un financement privé, lequel peut s'effectuer par voie d'emprunt ou de crédit-bail.

La voie de l'emprunt ne sera pas étudiée ici, si ce n'est au titre des garanties offertes à l'établissement financier (cf. III, C).

Il est désormais possible pour un établissement hospitalier de recourir directement ou indirectement au financement par crédit-bail, ce qui constitue une exception au regard des règles de la domanialité publique : l'établissement financier se substitue, dans ce cadre, au preneur à bail et se retrouve propriétaire du bien à construire et titulaire des droits réels constitués sur le domaine public.

Cette substitution concerne non seulement les droits et obligations attachés au bail emphytéotique hospitalier mais aussi ceux relevant de la convention de mise à disposition dont il est indissociable.

Une telle solution peut cependant ne convenir ni à la société originellement titulaire de ces conventions, dont le rôle se retrouve forcément réduit, ni à l'établissement financier, qui peut refuser de se retrouver titulaire des droits et obligations issus de ces contrats et des contraintes qui en découlent.

Une solution reviendrait peut-être à dissocier, sur ce point et uniquement sur celui-là, le contrat de bail et la convention de mise à disposition, une lecture de l'article L. 1311-3 du Code général des collectivités territoriales pouvant conduire à une telle solution. Dans ce cadre, les rôles de chacun seraient bien définis, la banque devenant maître d'ouvrage des travaux et la société restant responsable de la maintenance des ouvrages ainsi construits.

Les garanties offertes à l'établissement financier seraient ici plus importantes que dans le cas d'une simple hypothèque, dont la mise en œuvre apparaît être relativement virtuelle.

Une telle dissociation bail-convention de mise à disposition doit malgré tout rester exceptionnelle et limitée, de tels contrats étant par nature interdépendants ainsi que cela a été avancé.

Dès lors, un autre mécanisme, celui de la co-titularisation, évitant celui de la cession partielle, peut-être envisagé (cf. remarques ci-après concernant les modalités de cession – III, B, 2°).

31 - Les remarques ci-dessus exposées sont valables pour le contrat de partenariat hospitalier, lequel permet, par sa souplesse, de déterminer librement les modalités d'application du crédit-bail. A ce titre, il conviendra d'être très prudent dans la rédaction des clauses afférentes au crédit-bail, afin de respecter le service public, ainsi que les droits de l'ensemble des parties, notamment en cas de défaillance de l'établissement hospitalier ou de résiliation du contrat.

## **C. - Les conséquences financières de la résiliation du « contrat hospitalier »**

32 - Les conséquences de la résiliation du bail emphytéotique hospitalier ou du contrat de partenariat au regard du financement du projet doivent être définies dans le cadre de la convention tripartite précitée.

De telles conséquences seront différentes selon le moment auquel intervient la résiliation, à savoir pendant la construction des biens, ou après leur achèvement.

Sera seulement évoquée ici l'éventualité de la résiliation du contrat hospitalier une fois les biens achevés et réceptionnés par le titulaire.

La convention tripartite (ou, le cas échéant, le contrat de partenariat hospitalier) pourrait prévoir trois options :

- reprise par l'établissement hospitalier des droits et obligations du titulaire vis-à-vis de l'établissement financier ;
- obligation pour l'établissement hospitalier de trouver un preneur du crédit-bail ;
- rachat des ouvrages<sup>29</sup>.

33 - Ces trois options sont envisageables en l'état du droit et au profit d'un établissement hospitalier dès lors que, contrairement aux collectivités publiques<sup>30</sup>, aucune disposition légale ou réglementaire ne régit les garanties qui peuvent être données par un établissement hospitalier (si ce n'est son propre organe de contrôle).

En outre, et même si les nouvelles dispositions du Code de la santé publique renvoient à celles du Code général des collectivités territoriales en matière de bail emphytéotique administratif, il n'en reste pas moins que les établissements hospitaliers sont des établissements publics autonomes, bien que cette autonomie puisse se retrouver encadrée voire limitée par la tutelle, notamment des collectivités locales, qui pèse sur eux.

Et puis, en pratique, les engagements pris par l'établissement public de santé ne pourront aller au-delà de ce qui est convenu dans le contrat pluriannuel passé avec l'Agence régionale de l'hospitalisation compétente.

En tout état de cause, il conviendra d'être très attentif dans la rédaction de la convention tripartite afin, toujours, de préserver les exigences du service public.

26. CE, 6 avr. 1998, n° 151752, *Soderly*.

27. C. santé publ., art. L. 6148-5-3 nouveau (après modifications de la loi du 9 août 2004).

28. Ord. 17 juin 2004, art. 1<sup>er</sup>.

29. N. Symchovitz, *Droit public des montages contractuels complexes* : Éd. Imprimerie nationale, 2003.

30. CGCT, art. L. 2252-1.

**D. - La cession de créance et le « contrat hospitalier »**

34 - L'ordonnance du 17 juin 2004 a introduit une possibilité de cession de créance professionnelle dans le cadre des contrats de partenariats, disposition qui a été reprise par la loi du 9 août 2004 concernant le bail emphytéotique hospitalier<sup>31</sup>.

Ainsi, la cession de créance professionnelle qui était uniquement réservée aux relations entre commerçants fait l'objet d'une adaptation au droit administratif.

Le Code monétaire et financier prévoit désormais dans son article L. 313-29-1 que : « En cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat ou d'un contrat visé au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique, ce contrat peut prévoir que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction du coût des investissements, les dispositions des articles L. 313-28 et L. 313-29 ne sont pas applicables. Dans ce cas, le contrat prévoit que la part de la créance mentionnée ci-dessus est, après constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés, définitivement acquise au cessionnaire, sans pouvoir être affectée par aucune compensation. Le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire. ».

35 - On notera que cet article introduit des dérogations aux règles de la cession de créances professionnelles.

Notamment, l'établissement de crédit ne peut interdire à l'établissement hospitalier de payer entre les mains du titulaire du contrat pour une fraction seulement du coût des investissements ; ce qui permet à l'établissement hospitalier de ne pas assumer le risque dans le cas où il se trompe de créancier et paie entre les mains du titulaire alors que celui-ci a cédé sa créance.

En outre, on peut se demander si l'exclusion de l'application de l'article L. 313-29 aux contrats hospitalier, dans ce cas, permettra à l'établissement hospitalier d'opposer à l'établissement de crédit les exceptions de paiement tirées de ses relations avec le titulaire.

Ainsi, une fois la cession opérée, la personne publique est uniquement débiteur du cessionnaire de la créance, ce qui a pour conséquence que si le titulaire a une dette auprès de la personne publique, il ne pourra la compenser avec la créance qu'il aura préalablement cédée.

De telles dérogations constituent nettement des prérogatives exceptionnelles liées à la préservation du service public dès lors, encore une fois, il faudra être très vigilant dans la rédaction des clauses correspondantes.

**III. - LE PARTAGE DES RISQUES**

36 - Ainsi que cela a été indiqué, le bail emphytéotique hospitalier, tout comme le contrat de partenariat hospitalier, comporte un principe de partage des risques entre la personne publique et la personne privée, et ce, pour les besoins du service public.

À cet égard, il convient de préciser que seul le contrat de partenariat hospitalier doit préciser les conditions de partage des risques entre la personne privée et la personne publique.

En effet, le bail emphytéotique hospitalier ne fait que sous-entendre l'existence du partage des risques en imposant des clauses relatives aux engagements de chacune des parties et au contrôle de la personne publique sur la personne privée (cf. I, C).

**A. - Les contraintes pour l'établissement hospitalier**

**1° La mise à disposition du terrain implique certaines obligations à la charge de l'établissement hospitalier, notamment les diagnostics de dépollution, d'inventaire, des études géotechniques et, bien entendu, la garantie d'absence d'hypothèque ou de servitude**

37 - En effet, il est important que le titulaire soit mis en mesure d'édifier les constructions sans risquer de contrevenir à une règle d'ordre public (ex. pollution, et ce, même si les dispositions applicables au bail emphytéotique hospitalier ne prévoient pas de règles afférentes à la protection de l'environnement) ou de violer les droits des tiers (ex. servitude).

31. C. monét. fin., art. L. 313-29-1 nouveau.

**2° En outre, il est indispensable pour la bonne réussite du projet que l'établissement hospitalier paie, dans les conditions prévues au contrat hospitalier, les différentes redevances qu'il doit au titulaire, afin que celui-ci soit en mesure de mener l'opération à terme**

38 - La fragilisation de la santé financière du titulaire constituerait un risque important pour la longévité du projet, et par conséquent, pour l'exécution de la mission de service public y afférente.

**B. - Les contraintes pour le titulaire**

39 - Même si les contrats hospitaliers sont des contrats administratifs hors Code des marchés publics, et différents de la délégation de service public, il n'en reste pas moins que le titulaire va se trouver confronté à respecter un certain nombre de contraintes imposées par les nécessités du service public.

**1° Le pouvoir de contrôle de l'établissement hospitalier**

40 - Dans le cadre du contrat hospitalier, l'établissement hospitalier dispose d'un certain pouvoir de contrôle et de direction notamment sur le programme d'activité à mettre en œuvre.

À ce titre, et ainsi que cela a déjà été indiqué, il est possible de prévoir l'existence d'un certificat de conformité que l'établissement hospitalier pourrait remettre au titulaire à la fin des travaux, tout en évitant soigneusement d'agir comme maître d'ouvrage (par ex., il ne pourra pas prononcer lui-même la réception des travaux).

**2° La cession du contrat hospitalier**

41 - En effet, il est fréquent dans le cadre des relations contractuelles avec des grands groupes privés que, du fait de fréquentes restructurations internes, il soit nécessaire pour le preneur de disposer d'une clause de cession permettant au moins la cession du bail à une société dont il a le contrôle<sup>32</sup>.

Cependant, il n'est bien évidemment pas possible d'imposer à une collectivité publique de s'engager à céder une partie de son domaine public et des droits qui y sont attachés.

La question de la cession se pose également dans le cadre du recours au financement par crédit-bail immobilier.

Effectivement, dans le cadre d'un mécanisme de crédit-bail, on peut imaginer que seule la société sera titulaire du bail emphytéotique hospitalier tout en ayant recours à un système de crédit-bail pour le financement de la construction envisagée.

Cependant, du fait du mécanisme du crédit-bail prévu par l'article L. 311-7 du Code monétaire et financier, il est patent que l'établissement financier est propriétaire de biens qu'il loue ensuite à la société, laquelle bénéficiera d'une option d'achat<sup>33</sup>.

Ainsi, ce mécanisme suppose, avec l'agrément du centre hospitalier, que le bail emphytéotique soit cédé à l'établissement financier, lequel devenant maître d'ouvrage, déléguera la maîtrise d'ouvrage au titulaire (en effet, l'établissement financier ne souhaite généralement pas être maître d'ouvrage).

Toutefois, il est également possible d'envisager une co-titularisation du bail emphytéotique et de la convention de mise à disposition, par exemple dans le cadre d'un groupement composé du titulaire et de l'établissement financier. Ainsi, tant le titulaire que l'établissement financier conservent leur rôle initial, à savoir, pour la société, la maîtrise d'ouvrage et la maintenance, et pour l'établissement financier, le financement de l'opération.

Un tel mécanisme permettrait d'éviter tout système de cession partielle, système dont les limites ont déjà été évoquées.

Cependant, il sera rappelé ici que le bail emphytéotique hospitalier interdit la cession partielle du contrat, alors que le contrat de partenariat hospitalier doit prévoir les modalités de cession partielle ou totale de la convention.

**3° Le respect des indicateurs de performance**

42 - S'agissant maintenant, plus précisément, de la convention de mise à disposition, il est très important d'insister sur les obligations

32. On entend généralement par « contrôle », la notion définie à l'article L. 233-3 du Code de commerce.

33. Il faut simplement noter que la différence principale entre le crédit-bail et la location avec option d'achat - qui ne sera pas étudiée ici - c'est que, dans cette dernière hypothèse, c'est le « titulaire » qui est propriétaire du bien et laisse une option d'achat à la personne publique, et non l'établissement financier.



qui seront mises à la charge du titulaire en terme notamment de continuité et de qualité du service public.

Ainsi, il sera essentiel de mettre en place des indicateurs de performance qui devront être respectés par le titulaire ; mais aussi des pénalités destinées à sanctionner tout non-respect de ces indicateurs (cf. 5°).

#### 4° La maintenance

43 - Le titulaire doit, conformément aux indicateurs de performance, avoir une obligation non seulement très importante au regard de la maintenance, mais également très étalée dans le temps.

En effet, non seulement le titulaire doit assumer un contrat d'une durée très importante, mais de plus, il s'expose aux difficultés budgétaires inhérentes aux établissements publics, dès lors que leurs budgets dépendent de contrats pluriannuels dont la durée varie entre trois et cinq ans.

À nouveau, il conviendra d'être très attentif sur cette question des obligations de maintenance, liée à celle des indicateurs de performance.

Le contrat souscrit par l'établissement de santé devra en effet garantir ce dernier du maintien de la qualité de l'ouvrage construit pendant toute sa durée, une telle qualité devant également se retrouver lors du transfert de propriété dudit ouvrage, à la fin du contrat, du titulaire vers l'établissement de santé.

Cependant, concernant des contrats de telles durées, des avenants seront sans nul doute indispensables sur ce point, ne serait-ce que pour tenir compte des nécessaires adaptations à l'évolution des techniques en milieu hospitalier.

#### 5° Les pénalités

44 - Le titulaire se verra imposer, toujours au nom de l'exécution du service public, un certain nombre de pénalités en cas de manquement à ses obligations contractuelles.

On est à même de s'interroger si, tout comme dans certains contrats informatiques, les établissements hospitaliers ne pourraient pas imposer au titulaire une obligation de formation du nouveau titulaire qui reprendrait la maintenance dans le cadre d'un nouveau marché de maintenance, *une fois le contrat hospitalier terminé*.

#### 6° La résiliation

45 - L'établissement hospitalier dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

Il peut également résilier le contrat unilatéralement en application de l'article L. 6148-2 du Code de la santé publique qui prévoit la possibilité d'acquiescer les biens avant la fin du contrat (cet article s'applique aussi bien au bail emphytéotique hospitalier qu'au contrat de partenariat hospitalier).

### C. - Les contraintes pour l'établissement financier

46 - La question des garanties apportées à l'établissement financier en contrepartie de sa contribution est très rarement abordée.

Cela est dû en premier lieu au fait qu'en théorie, les personnes publiques ne peuvent se porter garant, et, en second lieu, en raison de l'absence de garanties réelles dont bénéficient ces établissements.

#### 1° Le mécanisme du contrat hospitalier permet au titulaire d'hypothéquer le droit réel dont il bénéficie, et ce dans certaines conditions, notamment, dans le cadre de la garantie des emprunts contractés par le titulaire en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué<sup>34</sup>

47 - Toutefois, ainsi que cela a été soulevé, il faut s'interroger sur la signification réelle de cette hypothèque et de sa signification dans la mesure où, effectivement, le droit réel conféré au titulaire n'est pas estimé à sa juste valeur puisque la redevance au titre de la mise à

34. CGCT, art. L. 1311-3.

disposition du terrain est modique pour tenir compte des obligations du titulaire dans le cadre de la construction et de la mise à disposition des biens.

Enfin, il faut se demander si une hypothèque constituée sur le domaine public constitue bien une garantie qui pourrait être mise en œuvre par l'établissement financier.

#### 2° Quant à la garantie dont bénéficierait l'établissement financier au titre du crédit-bail, on peut également s'interroger quant à son caractère effectif

48 - Au vu du mécanisme du crédit-bail, l'établissement financier est propriétaire du bien donné en crédit-bail jusqu'à la levée de l'option.

Ainsi, sa garantie est qu'il reste propriétaire du bien pendant toute la période de location.

Or, dans le cadre d'un bail emphytéotique hospitalier, le bien ainsi donné en location est un ouvrage public par destination.

Par conséquent, l'établissement financier ne serait pas véritablement en mesure de faire jouer sa garantie en vendant le bien, dès lors qu'il est affecté à l'exécution d'une mission de service public.

Cependant, la cession de créance prévue par l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier assure l'établissement de crédit de récupérer une partie au moins du montant investi.

### IV. - CONCLUSION

49 - Pour conclure, et sachant que les observations et développements exposés dans le cadre du présent article se fondent non seulement sur une réflexion mais aussi sur des premiers retours d'expérience en matière de bail emphytéotique hospitalier, il faut rappeler que le « contrat hospitalier » apparaît particulièrement adapté pour les annexes de l'établissement de santé, c'est-à-dire notamment les cuisines, les blanchisseries, les chaufferies et ce plus que pour les activités médicales en elles-mêmes, de type salles d'opérations.

Toutefois, le recours au contrat hospitalier ne doit pas être totalement exclu pour la construction de biens relatifs à l'activité médicale elle-même, mais il sera alors important d'affirmer le rôle de l'établissement public de santé, lequel sera compétent pour déterminer ses besoins dans le cadre de l'exécution du service public.

En tout état de cause, le recours au contrat hospitalier se justifie pour l'accomplissement de l'exécution d'une mission de service public, et doit, en conséquence le protéger en tout premier lieu, et avant tout autre intérêt, y compris celui de la personne publique.

50 - Ainsi que cela ressort de ce qui précède, il est patent que nous disposons actuellement de deux catégories de contrats hospitaliers qui bénéficient de conditions particulières identiques sur certains points. Dès lors, on peut s'interroger sur le devenir du bail emphytéotique hospitalier avec l'arrivée du contrat de partenariat hospitalier, qui pourrait devenir une catégorie générique et donc ayant vocation à englober le bail emphytéotique hospitalier.

Toutefois, il faut rappeler que le recours au bail emphytéotique hospitalier n'est, contrairement au contrat de partenariat hospitalier, pas dérogatoire ; ce qui, notamment au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 23 juin 2003, représente une différence fondamentale et même surprenante dans le contexte juridique actuel des contrats de PPP.

Enfin, on peut se demander si le bail emphytéotique hospitalier sera utilisé par dépit en cas « d'échec » de la procédure d'évaluation en vue du recours au contrat de partenariat hospitalier.

En effet, il est vraisemblable que les établissements publics de santé, tout comme les entreprises, préféreront utiliser le contrat de partenariat hospitalier en raison de la souplesse de rédaction que celui-ci autorise. ■

**Mots-Clés :** Contrat - Construction d'ensemble hospitalier

Partenariat public-privé - Construction d'ensemble hospitalier

Textes : L. n° 2003-5550, 19 sept. 2003 - Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat