

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

13/10/2003

Références :

Code de la santé publique ;

Code de la sécurité sociale ;

Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, notamment les articles 6 et 21 ;

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

Date d'application : immédiate.

Le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées à Mesdames et Messieurs les directeurs d'agence régionale de l'hospitalisation (pour mise en oeuvre) ; Mesdames et Messieurs les préfets de région (directions régionales des affaires sanitaires et sociales [pour information]) ; Mesdames et Messieurs les préfets de département (directions départementales des affaires sanitaires et sociales [pour information])

En application de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, l'**ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003** portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation a été publiée au Journal officiel du 6 septembre 2003. Cette ordonnance prévoit un certain nombre de dispositions qui sont d'application immédiate en matière de compétences des directeurs d'agence régionale de l'hospitalisation, de planification sanitaire, de coopération sanitaire, d'informations à transmettre à l'autorité de tarification, d'investissement hospitalier et d'activité libérale des praticiens hospitaliers.

La présente circulaire a pour objet d'appeler votre attention sur les différentes mesures d'application immédiate prévues par l'ordonnance du 4 septembre 2003 précitée.

I. - TRANSFERT DES COMPÉTENCES DÉTENUES PAR LE MINISTRE OU LE PRÉFET AU DIRECTEUR DE L'AGENCE RÉGIONALE DE L'HOSPITALISATION

Au moment de la création, en 1996, des agences régionales de l'hospitalisation (ARH), certaines attributions relatives aux établissements de santé avaient été maintenues à l'autorité préfectorale. La **loi n° 2002-303 du 4 mars 2002** relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé avait également donné quelques compétences nouvelles au représentant de l'Etat en matière disciplinaire. Avec le recul de l'expérience, il est apparu que ces compétences rendaient inutilement complexe le dispositif et nuisaient à sa lisibilité.

Il était donc nécessaire, en constituant un bloc homogène de compétences dans le domaine hospitalier, de compléter les attributions des ARH à l'égard des établissements de santé afin de leur permettre de disposer de la totalité des instruments nécessaires au bon exercice de leurs responsabilités.

1. Mesures à entrée en vigueur immédiate ne nécessitant pas de texte d'application réglementaire

Pour garantir l'efficacité et la pleine sécurité juridique du dispositif, il convenait, au préalable, d'élargir les compétences des agences régionales de l'hospitalisation au contrôle du fonctionnement des établissements de santé de sorte que l'action de l'ARH dans ce domaine puisse reposer sur un fondement législatif indiscutable.

C'est la raison pour laquelle le I de l'article 1er ajoute explicitement à l'article L. 6115-1 du code de la santé publique le contrôle du fonctionnement des établissements de santé au nombre des missions de l'ARH.

Pour l'exercice de cette nouvelle mission, l'ordonnance donne au directeur de l'ARH une autorité fonctionnelle sur les corps d'inspection et de contrôle des services déconcentrés de l'Etat, à l'image de celle que vous déteniez déjà pour les missions relatives à la définition et à la mise en oeuvre de la politique régionale d'offre de soins hospitaliers, à l'analyse et à la coordination de l'activité des établissements de santé publics et privés et à la détermination de leurs ressources.

Cette disposition, qui attribue la compétence de droit commun pour le contrôle du fonctionnement des établissements de santé au directeur de l'ARH, ne modifie aucune des compétences attribuées expressément par les textes à d'autres autorités, préfets ou agences sanitaires notamment. Elle ne saurait bien évidemment non plus affecter le pouvoir de police détenu par le préfet ni ses attributions en matière de sécurité civile.

Au titre de cette compétence de droit commun, il vous appartient dorénavant d'ordonner, en application de l'article D. 712-14 du code de la santé publique, les visites de conformité préalables à la mise en service des installations.

Le III du même article envisage le cas particulier du contrôle de l'exécution des lois et règlements qui se rapportent à la santé publique dans les établissements de santé et organismes exerçant les missions d'établissement de santé.

En application du principe nouvellement posé à l'article L. 6115-1, et en l'état de la rédaction antérieure de l'article L. 6116-4, cette compétence aurait pu être exclusivement dévolue au directeur de l'ARH. Toutefois, afin notamment de ne pas risquer de freiner les dynamiques nées en la matière dans certaines régions entre le représentant de l'Etat et le directeur de l'ARH, le nouvel article L. 6116-2 maintient également un droit d'initiative au préfet.

Dans ce dernier cas, les pouvoirs du préfet et du directeur de l'ARH s'analysent comme des compétences concurrentes, l'initiative pouvant être prise indifféremment par l'une ou l'autre de ces autorités, et non comme une compétence conjointe qui exigerait un accord des deux autorités pour agir. Cela n'interdit cependant pas qu'une telle mission de contrôle puisse être demandée à la fois par le préfet et par le directeur de l'ARH.

Il vous appartiendra, en application de ces nouvelles dispositions, d'informer sans délai le préfet de tout contrôle que vous déciderez d'entreprendre, le préfet vous informant pour sa part de tout contrôle dont il aurait pris l'initiative.

En revanche, à l'intérieur des établissements sociaux et médico-sociaux, le contrôle demeure exercé à l'initiative du préfet de département.

L'exercice de ces nouvelles compétences, qui s'inscrivent dans le cadre de votre mission générale de contrôle des établissements, vous conduira à faire montre de la plus grande vigilance dans le contrôle des services de soins et médico-techniques dont le fonctionnement peut parfois révéler des situations individuelles susceptibles de requérir l'application des dispositions précitées.

L'article 3 complète les pouvoirs d'autorisation du directeur de l'ARH.

Le I de l'article 3 transfère du préfet de département au directeur de l'ARH le pouvoir :

- d'autoriser la création, le transfert ou la suppression des pharmacies à usage intérieur des établissements de santé, des groupements de coopération sanitaire, des syndicats interhospitaliers, des services de dialyse à domicile et des établissements pénitentiaires ;
- de suspendre ou de retirer en cas d'infraction l'autorisation des pharmacies à usage intérieur des établissements de santé, des groupements de coopération sanitaire, des syndicats interhospitaliers, des services de dialyse à domicile et des établissements pénitentiaires ;
- d'autoriser, pour une durée limitée, un établissement public de santé ou un établissement de santé participant au service public hospitalier à approvisionner d'autres pharmacies à usage intérieur et, exceptionnellement et pour une durée limitée, les établissements publics de santé à vendre au détail des médicaments lorsqu'il n'existe pas d'autre source de distribution disponible ;
- d'autoriser pour une durée limitée, la pharmacie à usage intérieur d'un établissement de santé, d'un groupement de coopération sanitaire ou d'un syndicat interhospitalier à assurer tout ou partie de la stérilisation de dispositifs médicaux pour le compte d'un autre établissement.

Ces mesures sont d'application immédiates car elles s'appuient, pour leur mise en oeuvre, sur les dispositions actuelles du chapitre premier bis du titre deuxième du livre cinquième du code de la santé publique (partie réglementaire) qui continuent d'être applicables, dans l'attente de leur modification qui est en cours d'élaboration, le directeur de l'ARH étant simplement substitué au préfet dans le cadre de ses nouvelles attributions.

Il vous appartient donc de vous prononcer sur les demandes adressées au préfet qui n'auraient pas fait l'objet d'une décision à la date du 7 septembre 2003, au vu du dossier établi par le préfet et, notamment, de l'avis du DRASS ainsi que des autres avis qui, le cas échéant, auront déjà été recueillis.

Le II de l'article 3 confie au directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation le soin d'arrêter la liste des établissements de santé dotés d'unités SAMU participant à l'aide médicale urgente et de déterminer le champ de compétence territoriale de ces unités.

Le III de l'article 3 transfère du préfet de département au directeur de l'ARH l'approbation du contrat d'activité libérale des praticiens temps plein valant autorisation d'exercice de l'activité libérale ainsi que le pouvoir de suspendre ou retirer cette autorisation.

Enfin, le IV et le V de l'article 3 transfèrent respectivement au directeur de l'ARH les décisions d'admission à participer au service public hospitalier et les autorisations des centres de lutte contre le cancer, compétences jusqu'alors exercées par le ministre chargé de la santé.

Les dispositions relatives aux décisions d'admission à participer au service public hospitalier s'appuient, pour leur mise en oeuvre, sur les dispositions actuelles du chapitre V du titre Ier du livre VII du code de la santé publique (partie réglementaire) qui continuent d'être applicables, le directeur de l'ARH étant simplement substitué au ministre dans le cadre de ses nouvelles attributions. Il vous appartient donc de vous prononcer sur les demandes que vous auriez transmises à l'administration centrale et qui n'auraient pas fait l'objet d'une décision ministérielle à la date du 7 septembre 2003.

L'article 4 transfère du préfet de département au directeur de l'ARH le pouvoir d'arrêter la dotation globale des services gérés par les personnes morales de droit public ou privé mentionnées à l'article L. 3221-1 du code de la santé publique. La dotation globale est arrêtée par le directeur de l'ARH dans les conditions prévues à l'article L. 6145-1 du code de la santé publique pour les personnes morales de droit public et à l'article L. 6161-4 du même code pour les personnes morales de droit privé. Ces nouvelles règles sont applicables dès la campagne budgétaire 2004.

2. Mesures nécessitant un texte d'application réglementaire

L'article 2 transfère du préfet de département au directeur de l'ARH le pouvoir de suspendre, en cas d'urgence et de danger grave, le droit d'exercer des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et pharmaciens exerçant dans un établissement de santé. Le directeur de l'ARH se voit également confier le pouvoir de déférer devant la chambre disciplinaire de première instance les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes exerçant dans un établissement public de santé.

J'attire votre attention sur le fait que le juge administratif (T.A. Nice, 28 janvier 2003, M. Jacques J. c/préfet des Alpes-Maritimes, n° 02-5086) a estimé que les dispositions de l'article L. 4113-14 du code de la santé publique issu de la **loi du 4 mars 2002** sur les droits des malades et la qualité du système de santé étaient, en l'absence du décret en Conseil d'Etat prévu à son sixième alinéa, inapplicable. Ce jugement est transposable aux nouveaux articles L. 4113-14 et L. 4221-18 issus de l'**ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003**, de même qu'aux nouveaux articles L. 4124-2 et L. 4124-7 du code de la santé publique.

La procédure de suspension en urgence ne peut en conséquence être mise en application en l'absence de décret d'application, actuellement en cours de rédaction.

II. - Simplification de la planification sanitaire et du régime des autorisations sanitaires

1. Mesures à entrée en vigueur immédiate ne nécessitant pas de texte d'application réglementaire

L'article 9 tire la conséquence du fait que le maintien de dispositions spécifiques aux établissements de santé privés recevant des femmes enceintes n'apparaissait plus justifié au regard des dispositions applicables aux établissements de santé autorisés pour leur activité d'obstétrique, de médecine ou de chirurgie. L'ARH délivrant les autorisations et prenant les autres décisions y afférant, le maintien de l'agrément préalable du préfet et des obligations particulières relatives au personnel notamment, n'étaient plus nécessaires. Aussi, l'article 9 abroge les dispositions concernées et applique le seul

droit commun des autorisations aux établissements de santé quel que soit leur statut.

L'article 10 clarifie le régime des maisons d'enfants à caractère sanitaire en leur rendant applicables les dispositions relatives aux établissements de santé et en supprimant les dispositions spécifiques supplémentaires (art. L. 2321-1 et suivants du CSP).

Les dispositions de l'article 11 relatives à l'introduction du champ de la permanence des soins dans le CODAMU transformées en CODAMUPS viennent de faire l'objet du [décret n° 2003-880 du 15 septembre 2003](#) relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins et aux conditions de participation des médecins à cette permanence. Elles sont donc applicables dès à présent.

L'article 12 prévoit la prolongation de la validité des SROS et des schémas régionaux de psychiatrie actuellement en vigueur au plus tard deux ans après la publication de l'ordonnance.

Ce même article prévoit également que la carte sanitaire n'est désormais plus opposable à l'hospitalisation à domicile et à l'hospitalisation à temps partiel (à l'exception des structures d'anesthésie et de chirurgie ambulatoires). Il conviendra donc d'examiner s'il y a lieu de réviser les cartes sanitaires pour en retrancher les capacités auparavant prises en compte au titre de ces matières (y compris pour l'hospitalisation à temps partiel de jour ou de nuit en psychiatrie ; les autres alternatives en psychiatrie, réalisables uniquement dans le cadre de la sectorisation : placement familial thérapeutique, appartement thérapeutique, centre de crise et centre de post-cure psychiatrique, ne sont pas concernées).

Par ailleurs, dans le cas d'arrivée à échéance prochaine d'une carte sanitaire, et en vue d'assurer la régularité des décisions, il sera nécessaire de réviser cette carte sanitaire, le cas échéant à l'identique, en attendant la disparition de cet instrument de planification au fur et à mesure de la publication des SROS (cf. article 12, alinéa 2, de l'ordonnance et paragraphe II-3 ci-dessous). Cette mesure de révision sera prise dans le respect du parallélisme des formes prévues au code de la santé publique.

2. Mesures nécessitant la publication d'un texte réglementaire pour leur application effective

Les mesures relatives à l'aménagement du schéma d'organisation sanitaire (articles L. 6121-1 à L. 6121-4) entrent en vigueur dès la publication de l'ordonnance, toutefois elles nécessitent pour leur application effective la publication de textes réglementaires ministériels (décrets ou arrêtés). Il en va ainsi notamment des dispositions suivantes :

- fixation par arrêté ministériel de la liste des thèmes, des activités de soins et des équipements matériels lourds devant figurer obligatoirement dans un schéma ;
- fixation par décret des modalités de quantification des objectifs quantifiés de l'offre de soins ;
- fixation par décret de la liste des activités ou équipement relevant uniquement d'un schéma national ;
- fixation de la liste des activités ou équipement susceptibles de relever d'un schéma interrégional.

Les dispositions relatives au nouveau CROS nécessitent la publication d'un décret d'application fixant sa composition et ses modalités de fonctionnement.

Dans l'attente de cette publication, les actuels CROSS peuvent continuer de se réunir - et les mandats, le cas échéant, renouvelés - en application de la jurisprudence [Avis C.E. Sect. Trav. Pub., 20 juillet 1993, Commission d'enquêtes publiques].

Les dispositions concernant les conférences sanitaires (articles L. 6131-1 à L. 6131-3) feront également l'objet de mesures réglementaires d'application. Dans l'attente de la publication de ces textes, les conférences sanitaires de secteur pourront continuer à être consultées, notamment à l'occasion de la révision de la carte sanitaire évoquée au paragraphe II-1 ci-dessus.

Les dispositions concernant des modalités particulières de concertation régionale, dans le domaine de la santé mentale (article L. 3221-3), seront définies par voie réglementaire. Dans l'attente de ces dispositions, les conseils départementaux de santé mentale (CDSM) peuvent continuer d'être consultés et de fonctionner (cela concerne, par exemple, les groupes de travail mis en place, dans certains départements, dans le cadre du CDSM).

3. Mesures à entrée en vigueur différée

L'ordonnance prévoit expressément une entrée en vigueur différée en ce qui concerne les domaines suivants (sur lesquels des textes réglementaires d'application sont prévus par ailleurs) :

- la suppression de la carte sanitaire ;
- le nouveau régime des autorisations ;
- le nouveau régime des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens.

Pour ces dispositions, l'entrée en vigueur sera différenciée à la fois selon la région et selon la thématique. En effet, les articles 12 et 13 de l'ordonnance, précisent qu'elles entreront en vigueur au fur et à mesure de la publication des dispositions des nouveaux schémas d'organisation sanitaire applicables à l'activité de soins ou l'équipement matériel lourd considéré, et au plus tard deux ans après la publication de l'ordonnance, soit le 6 septembre 2005.

Jusqu'à cette date, les dispositions législatives en vigueur avant la publication de l'ordonnance continuent à s'appliquer, y compris aux installations pour les schémas en cours de validité ou avant la réalisation d'un nouveau schéma.

Il est précisé que la notion de « régime des autorisations » inclut notamment les conditions de délivrance (art. L. 6122-2) et de renouvellement (art. L. 6122-10) de l'autorisation, les règles de regroupement et conversion (L. 6122-6), de durée d'autorisation (art. L. 6122-8), de procédure (art. L. 6122-9 et L. 6122-13), etc.

Enfin, la déconcentration de la compétence du ministre chargé de la santé pour délivrer et renouveler certaines autorisations d'activités de soins et d'équipements matériels lourds, interviendra au moment de la publication, pour l'activité ou l'équipement considéré, des dispositions du schéma d'organisation sanitaire les concernant (art. 13). Aucune date butoir n'est cependant fixée.

III. - Simplification des formules de coopération

1. Mesures à entrée en vigueur immédiate et ne nécessitant pas de texte d'application réglementaire

Les articles 14, 16, 17, 19 et 20 sont d'application immédiate :

- l'article 14 prévoit qu'à compter de la date de publication de l'ordonnance, aucune communauté d'établissements ne peut être créée ;
- l'article 16 supprime l'établissement public de santé interhospitalier. A ce jour aucune structure de ce type n'a été créée ;
- l'article 17 supprime les réseaux coopératifs de santé et indique que les réseaux de santé peuvent se constituer en groupements de coopération sanitaire, groupements d'intérêt économique, groupements d'intérêt public ou associations ; les articles 19 et 20 donnant la possibilité au GCS de disposer d'une pharmacie à usage intérieur et d'être autorisé, sous les conditions définies par l'article L. 5126-3, à assurer tout ou partie de la stérilisation des dispositifs médicaux pour le compte d'un autre établissement.

2. Mesures nécessitant la publication d'un texte réglementaire pour leur application effective

Les dispositions de l'article 18 concernant le groupement de coopération sanitaire sont d'application immédiate. Cependant, certaines dispositions nécessitent, pour leur mise en oeuvre, la publication de textes réglementaires ministériels.

Il en est ainsi pour :

- les dispositions relatives aux modalités de rémunérations des permanences de soins consultations et actes médicaux assurés par les médecins libéraux dans le cadre du 1° de l'article L. 6133-1 ;
- les mesures concernant la composition du GCS en tant qu'elles concernent la possibilité pour les médecins libéraux d'être membres du GCS. Un décret devra fixer les modalités de détermination des droits des membres, l'organisation et l'administration du GCS dans le cadre de ce nouveau dispositif ;
- les modalités de fonctionnement comptable, financier et juridictionnel du GCS lorsque celui-ci assure directement une ou plusieurs missions des établissements de santé.

En outre, la rédaction de ces textes réglementaires sera l'occasion d'un réexamen et d'une clarification de l'ensemble du dispositif régissant le groupement de coopération sanitaire.

3. Mesures à entrée en vigueur différée

L'article 15 fixe au 1er janvier 2005 la date à partir de laquelle il n'y aura plus de possibilité de créer de nouveaux syndicats interhospitaliers.

IV. - Domaine et conditions d'investissement immobilier des établissements publics de santé

Le plan « Hôpital 2007 » vise à aider les établissements de santé à rattraper le retard accumulé en matière d'investissement en finançant en totalité un effort supplémentaire de six milliards d'euros en cinq ans, soit une augmentation de l'ordre de 30 % par rapport au niveau actuel de l'investissement.

Pour atteindre cet objectif ambitieux dans les délais prévus, le titre IV de l'**ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003**, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, lève, principalement pour les opérations immobilières, certaines contraintes juridiques issues du droit de la domanialité publique et du droit de la maîtrise d'ouvrage publique, pesant spécifiquement sur les établissements publics de santé (EPS) et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique (1), en modifiant le code de la santé publique (art. L. 6148-1 à L. 6148-8), le code général des collectivités territoriales (art. L. 1311-2, L. 1311-4-1 et L. 1521-1) et le code de la construction et de l'habitation (art. L. 421-1 et L. 422-1) pour leur ouvrir de nouvelles modalités de réalisation de leurs investissements :

- le bail emphytéotique (BE) passé directement par un EPS ou une structure de coopération avec une personne morale, publique ou privée, chargée de construire et d'entretenir un ouvrage répondant aux besoins de l'établissement, de la structure ou d'un autre établissement public de santé, ou en vue de l'accomplissement d'une mission concourant à l'exercice du service public hospitalier ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant des compétences de l'EPS ou de la structure ;
- le bail emphytéotique (BE) passé par une collectivité territoriale avec une personne morale, publique ou privée, chargée de construire et d'entretenir un ouvrage correspondant aux besoins d'un EPS ou d'une structure de coopération ;
- la maîtrise d'ouvrage d'une collectivité territoriale construisant un ouvrage pour les besoins d'un EPS ou d'une structure de coopération ;
- la passation, par un EPS ou une structure de coopération, de marchés 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 différentes missions ;
- la possibilité, pour un EPS ou une structure de coopération, de faire appel à une société d'économie mixte locale (SEML), une société anonyme d'habitation à loyer modéré (SA HLM), un office public d'aménagement et de construction (OPAC) ou un office public d'habitation à loyer modéré (OP HLM) pour assurer la conception, la réalisation, l'entretien ou la maintenance d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux ainsi que, le cas échéant et uniquement pour une SEML, leur financement.

Les EPS et structures de coopération ayant une opération d'investissement immobilier à réaliser auront donc désormais le choix entre une maîtrise d'ouvrage directe et, en ce cas, entre une procédure classique distinguant conception et construction et un marché global, et une maîtrise d'ouvrage confiée à un tiers, tel qu'un opérateur privé, une collectivité territoriale, une SEML, une SA HLM, un OP HLM ou un OPAC.

Le choix de la modalité de réalisation d'un investissement la plus adaptée nécessite une analyse préalable des avantages et 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. La préparation d'un marché global ou d'un contrat de type BE exige, en effet, une implication très forte des équipes hospitalières pour formaliser très précisément les besoins ou les performances attendues, suivre l'exécution du contrat et notamment s'assurer que le cocontractant respecte ses engagements et obligations. Dans le cas des BE, la longue durée des contrats impose en outre d'anticiper les évolutions possibles de l'ouvrage pour prévoir la répartition des surcoûts entraînés par son adaptation. Par ailleurs, certains de ces montages juridiques, comme le BE passé par une collectivité territoriale, mettent en jeu plusieurs partenaires (la collectivité territoriale, le preneur, l'EPS ou la structure de coopération, voire le crédit-bailleur) dont il importe d'identifier clairement les missions et responsabilités. Enfin, dans tous les cas, l'analyse comparative des coûts doit intégrer l'ensemble des paramètres et hypothèses envisageables, sur toute la durée du contrat.

Ces différents instruments de réalisation des investissements peuvent être, dès à présent, mis en oeuvre. La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) et ses correspondants régionaux apporteront un appui technique aux EPS et structures de coopération qui le souhaiteront, et assureront un suivi de l'ensemble des opérations ainsi réalisées et ce, dès leur montage. La MAINH prépare, en outre, des outils méthodologiques pour faciliter leur utilisation : ils seront disponibles, au fur et à mesure de leur élaboration, à partir de la fin de l'année 2003.

1. Le régime juridique du domaine public des EPS et des structures de coopération sanitaire dotées de la

<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhos-n-2003-485-du-13-octobre-2003-relative-a-lentree-en-vigueur-de-lordonnance-n-2003-850-du-4-septembre-2003-portant-simplification-de-lorganisation-administrative-et-du/>

personnalité morale publique

L'article L. 6148-1 du CSP précise le régime juridique du domaine public des EPS et des structures de coopération et lui donne une base légale. Jusque-là, seules la jurisprudence et la doctrine administratives avaient, implicitement, admis l'existence du domaine public des EPS.

Cet article pose le principe de l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public des EPS et des structures de coopération. L'interdiction faite aux personnes privées occupant ce domaine public de constituer des droits réels ne peut être levée que dans l'hypothèse prévue par l'article L. 6148-2 du CSP : la passation d'un BE.

2. Le recours aux BE par les EPS et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique

Le nouvel article L. 6148-2 du CSP reprend les dispositions de l'article L. 1311-2 du CGCT et autorise ainsi explicitement les EPS et les structures de coopération à conclure, sur leur domaine, des BE pour la réalisation par une personne morale, de droit public ou privé, d'une mission concourant à l'exercice du service public hospitalier ou d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence.

1. Qu'est-ce qu'un bail emphytéotique ?

Le BE, instrument « d'externalisation » des opérations immobilières, est essentiellement caractérisé par sa durée et par le fait qu'il octroie au preneur des droits réels sur le bien immobilier concerné (il en devient le propriétaire), jusqu'à son terme : « Le bail emphytéotique de biens immeubles 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 dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction » (art. L. 451-1 du code rural).

Les règles applicables au BE :

- il ne peut pas être utilisé pour la réalisation d'opérations présentant un caractère privé ou dont le caractère public n'est pas clairement apparent ;
 - il peut avoir pour objet la réalisation d'un ouvrage mis à la disposition de la collectivité publique ;
 - il peut imposer au preneur à bail des obligations tenant à l'utilisation du bien mis à sa disposition ;
- sa passation ne constitue pas une opération de travaux publics devant faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence dès lors que la collectivité publique n'exerce ni pendant la réalisation de l'ouvrage, ni avant le terme du bail, la direction technique des actions de construction et ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail.

Depuis la **loi n° 88-13 du 5 janvier 1988**, codifiée aux articles L. 1311-1 et suivants du CGCT, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et groupements, peuvent conclure des BE, y compris sur leur domaine public, mais sous conditions prévues à l'article L. 1311-3 du CGCT (voir infra).

2. Les apports de l'article L. 6148-2 :

La possibilité pour les EPS de conclure des BE en application de l'article L. 1311-2 du CGCT était, en pratique, déjà admise. Cependant, le nouvel article L. 6148-2 du CSP reprend les dispositions du CGCT et donne ainsi une base légale certaine aux BE des EPS. Par ailleurs, ce nouvel article étend les possibilités déjà prévues par le CGCT :

- il permet aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique de conclure de tels baux ;
- il prévoit la définition préalable des besoins que le preneur doit satisfaire, par l'EPS ou la structure de coopération, dans un programme détaillé ;
- il ouvre aux EPS et aux structures de coopération la possibilité de passer des BE répondant aux besoins d'un autre EPS avec lequel ils conduisent une action de coopération ;
- il permet de prévoir, lors de la passation du bail, une option d'achat ou le financement des constructions par crédit-bail. L'insertion de telles clauses n'est, bien entendu, pas obligatoire.

3. La notion de mission « concourant à l'exercice du service public » :

En application de l'article L. 6148-2, les EPS et les structures de coopération peuvent conclure des baux en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence, mais également pour l'accomplissement, pour

leur compte, « d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ». Cette notion de « mission concourant à l'exercice du service public » implique que le bail ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de confier à une personne privée les missions de service public hospitalier mentionnées aux articles L. 6111-1, L. 6111-2, L. 6112-1 et L. 6112-2 du CSP.

En pratique, il faudra donc bien distinguer deux types de BE passés en application de cet article :

- les BE par lesquels, en plus de l'opération immobilière, l'EPS ou la structure de coopération pourra confier à une personne privée l'exploitation ou la gestion d'un équipement concourant à l'exercice du service public mais qui n'est pas directement lié à l'exercice d'une activité de soins ;
- les BE n'ayant pour objet que la réalisation d'une opération immobilière, l'EPS ou la structure de coopération continuant d'exercer leurs missions de service public dans les bâtiments ainsi édifiés ou rénovés.

Cependant, même dans l'hypothèse d'un BE n'ayant pour objet que la réalisation d'une opération immobilière, le titulaire du bail est tenu au respect de certaines obligations minimales concernant l'ouvrage en cause, indépendamment de celles pouvant découler du bail et de la convention non-détachable. En effet, en tant que propriétaire du bien pour la durée du bail, il a l'obligation de le délivrer en bon état d'usage, de garantir l'EPS ou la structure de coopération des vices ou des défauts de nature à faire obstacle à leur jouissance paisible de l'ouvrage et à son utilisation pour l'exécution du service public hospitalier, ou encore d'entretenir les locaux en état de servir à l'usage prévu par le contrat de bail et la convention non détachable, ainsi que d'y faire toutes les réparations, autres que locatives, nécessaires au maintien en état et à l'entretien normal du bien loué.

4. Les règles applicables aux BE des EPS et des structures de coopération sanitaires :

Au même titre que les baux conclus par les collectivités territoriales en application de l'article L. 6148-3 du CSP, les BE des EPS et des structures de coopération sont obligatoirement accompagnés d'une convention non détachable - qui fixe, notamment, les conditions d'utilisation des ouvrages réalisés, les règles et obligations de chaque partie en matière d'entretien et d'adaptation des locaux (voir IV.3.1) - et respectent les conditions suivantes, énumérées par l'article L. 1311-3 du CGCT :

- les droits résultant du bail ne peuvent être cédés que sous réserve de l'agrément de l'EPS ou de la structure de coopération concernés ;
- la personne à laquelle les droits sont cédés est subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant du bail et des éventuelles conventions non détachables conclues pour l'exécution d'une mission concourant à l'exercice du service public hospitalier ou la réalisation d'une opération d'intérêt général ;
- le droit réel conféré au preneur à bail ainsi que les ouvrages dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués que pour garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué ;
- le contrat d'hypothèque doit être approuvé par l'EPS ou la structure de coopération, sous peine de nullité ;
- seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail. Cependant, l'EPS ou la structure de coopération peut se substituer au titulaire du bail dans la charge des emprunts, par la résiliation ou la modification du bail et des éventuelles conventions non détachables. Compte tenu des compétences du conseil d'administration en matière d'emprunt (art. L. 6143-1-12° du CSP) et en matière de BE (art. L. 6143-1-18°), il est compétent pour délibérer sur la substitution de l'EPS au preneur dans la charge des emprunts, la résiliation ou la modification du bail et des éventuelles conventions non détachables ;
- les litiges relatifs à ces baux relèvent de la compétence des tribunaux administratifs.

Toutefois, le deuxième alinéa du 2° de l'article L. 1311-3 du CGCT (« ces emprunts sont pris en compte pour la détermination du montant maximum des garanties et cautionnement qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée ») n'est pas applicable aux BE passés par les EPS et les structures de coopération. En effet, si le CGCT autorise les collectivités territoriales à accorder de telles garanties ou cautionnements (voir par exemple l'article L. 2252-1 pour les communes), compte tenu de la faculté qui leur est reconnue d'aider les entreprises dans le cadre de leurs interventions économiques, de telles dispositions n'existent pas pour les EPS : leur financement par l'assurance maladie est exclusivement destiné à leur permettre de couvrir les dépenses inhérentes à leurs missions de soins, ce qui exclut toute forme d'aide économique aux entreprises.

3. L'intervention des collectivités territoriales en matière d'investissement hospitalier : la passation de BE et la maîtrise d'ouvrage pour les besoins d'un EPS ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique

1. La passation de BE par les collectivités territoriales :

L'article L. 6148-3 étend le dispositif de la loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité

intérieure (LOPSI) en autorisant les collectivités territoriales à conclure des BE, y compris sur leur domaine public, pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins d'un EPS et d'une structure de coopération. Cette possibilité est ouverte jusqu'au 31 décembre 2007, le contrat de bail devant être signé avant cette date.

L'article L. 6148-3 prévoit la conclusion obligatoire d'une convention liant le preneur à bail et l'EPS ou la structure de coopération. Cette convention est non détachable du BE passé par la collectivité territoriale et le preneur à bail. De fait, en cas de cession des droits résultant du bail par le preneur initial, le repreneur est tenu de respecter les engagements et les dispositions qu'elle prévoit. Cette convention n'est pas une simple convention de location. Il s'agit, en effet, de s'assurer notamment que les EPS et les structures de coopération concernés auront effectivement accès aux bâtiments réalisés, dans des conditions financières acceptables pour les deux parties, et que les locaux seront correctement entretenus et adaptés aux évolutions des normes sanitaires et de leurs conditions de fonctionnement.

Ces BE sont également soumis à l'obligation préalable de définition des besoins que le preneur doit s'engager à satisfaire. Cette définition est faite conjointement par la collectivité bailleuse et l'établissement ou la structure concerné.

2. La maîtrise d'ouvrage des collectivités territoriales :

L'intervention des collectivités territoriales en matière d'investissement hospitalier ne se limite pas à la passation de BE. En effet, la modification de l'article L. 1311-4-1 du CGCT et le nouvel article L. 6148-4 du CSP permettent à une collectivité territoriale d'assurer la maîtrise d'ouvrage pour le compte d'un EPS ou d'une structure de coopération sanitaire. Cette possibilité est ouverte jusqu'au 31 décembre 2007. Cette échéance s'applique à la date de la signature de la convention entre la collectivité territoriale et l'EPS ou la structure de coopération sanitaire.

4. Les règles applicables à ces nouveaux instruments juridiques

1. Le respect des objectifs du schéma régional d'organisation sanitaire (SROS) :

L'article L. 6148-4 soumet ces montages juridiques (BE des EPS ou des structures, BE et maîtrise d'ouvrage des collectivités territoriales) au respect des objectifs du SROS, dès lors qu'ils concernent les missions prévues aux articles L. 6111-1 et L. 6111-2 du CSP. Le contrôle de leur respect relève du directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation (DARH), à l'occasion de l'approbation des délibérations du conseil d'administration de l'EPS ou de la structure de coopération.

2. Les actes soumis à délibération du conseil d'administration et à l'approbation du DARH :

L'ordonnance susmentionnée du 4 septembre 2003 insère dans le CSP des dispositions soumettant ces trois modalités d'externalisation des investissements à la même procédure que les investissements directs : délibération du conseil d'administration et approbation du DARH.

Ainsi, les articles L. 6143-1, L. 6143-4 et L. 6148-6 du CSP prévoient que les baux mentionnés à l'article L. 6148-2 du CSP et les conventions conclues en application soit de l'article L. 6148-3 du CSP, soit de l'article L. 1311-4-1 du CGCT, font l'objet d'une délibération du conseil d'administration, et ne sont exécutoires que sous réserve de l'approbation du DARH. Ces délibérations sont réputées approuvées si le DARH n'a pas fait connaître son opposition dans un délai de deux mois.

Le BE conclu par une collectivité territoriale ne peut être soumis à l'approbation du DARH : la décision d'investir relève, en effet, d'une collectivité territoriale, et le DARH n'a aucune compétence pour en apprécier l'opportunité ou la légalité. En revanche, la convention liant l'EPS au preneur à bail est bien soumise à l'approbation du DARH, en application de l'article L. 6148-6, et c'est donc lors de son approbation qu'il pourra, si nécessaire, s'opposer à l'opération projetée.

3. La procédure de publicité et de mise en concurrence applicable aux BE passés par les EPS, les structures de coopération et les collectivités territoriales :

Il convient de rappeler, au préalable, que la maîtrise d'ouvrage des collectivités territoriales relève du droit commun de la commande publique (code des marchés publics, loi MOP, etc.).

En revanche, les BE et les conventions non détachables passés par les EPS, les structures de coopération ou les collectivités territoriales sont de nouveaux instruments juridiques, distincts non seulement des marchés publics (notamment du fait que l'EPS verse un loyer au preneur à bail pour la mise à disposition des ouvrages réalisés et ne lui <https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhos-n-2003-485-du-13-octobre-2003-relative-a-lentree-en-vigueur-de-lordonnance-n-2003-850-du-4-septembre-2003-portant-simplification-de-lorganisation-administrative-et-du/>

paie pas un prix), mais également de la délégation de service public (le preneur à bail ne se rémunérant pas sur l'usager). Ces baux et leurs conventions non détachables sont soumis à une procédure de publicité et mise en concurrence novatrice (L. 6148-5 du CSP) qui repose sur l'ouverture d'un dialogue avec les candidats : la négociation peut porter sur tous les aspects du contrat, l'objectif étant d'en préciser peu à peu l'objet, afin de déterminer les moyens de satisfaire au mieux les besoins de l'EPS ou de la structure de coopération.

Ce nouvel outil d'investissement bénéficie d'un retour d'expérience positif dans les différents pays européens qui l'ont mis en oeuvre. Mais il nécessite une grande rigueur dans la définition des clauses contractuelles afin de garantir sur la durée (20 ans) la pérennité de l'investissement réalisé. C'est pourquoi toutes les opérations envisagées dans ce cadre doivent être signalées à la MAINH afin que l'ingénierie des projets locaux bénéficie des cadres conceptuels et juridiques conçus par la mission.

5. Les marchés globaux

L'article L. 6148-7 du CSP déroge aux articles 7 et 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (MOP), en permettant aux EPS et aux structures de coopération sanitaire d'attribuer à une personne ou un groupement de personnes, de droit public ou privé, un marché portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de leurs missions. Il déroge également à l'article 10 du code des marchés publics (CMP) en autorisant, lorsque le marché est alloué, un jugement global sur les offres portant simultanément sur plusieurs lots.

1. Les dérogations à la loi MOP et au CMP :

Les articles 7 et 18 de la loi MOP prévoient que :

- pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle d'entrepreneur ;
- le maître d'ouvrage ne peut déroger à ce principe que lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études, et sous condition : le contrat ne peut être confié qu'à un groupement de personnes de droit privé, ou à une personne de droit privé pour les seuls ouvrages d'infrastructure.

L'article 10 du CMP impose, quant à lui, que les offres soient examinées lot par lot, lorsque le marché est alloué.

L'article L. 6148-7 du CSP déroge donc à ces dispositions :

- en permettant aux EPS et aux structures de coopération de passer des marchés portant à la fois sur la conception et la réalisation, voire sur d'autres missions (aménagement, entretien et maintenance), sans que des motifs techniques particuliers aient à être invoqués pour le justifier ;
- en permettant aux EPS et aux structures de confier ces marchés à des personnes ou des groupements de personnes, de droit public comme de droit privé ;
- en autorisant les EPS à porter un jugement global sur les offres portant sur plusieurs lots.

2. La procédure de passation des marchés globaux :

Tout d'abord, il convient de rappeler que l'EPS ou la structure de coopération peut choisir de ne pas recourir, notamment au regard de sa complexité, au marché global.

Par ailleurs, un marché global ne porte pas nécessairement sur l'ensemble des missions énumérées à l'article L. 6148-7 du CSP (conception, construction, aménagement, entretien et maintenance) : il peut n'avoir pour objet que certaines d'entre elles.

Enfin, même globaux, les marchés visés par l'article L. 6148-7 du CSP n'en demeurent pas moins des marchés publics. Ils sont donc régis, notamment pour leur passation, par les dispositions du CMP.

6. L'intervention des SEML, des SA HLM, des OP HLM et des OPAC en matière d'investissement hospitalier

J'attire votre attention sur le fait que, contrairement aux modalités d'externalisation évoquées précédemment, les montages juridiques associant des SEML, des SA, des OP HLM ou des OPAC ne concernent que les investissements des EPS. Les structures de coopération sanitaires dotées de la personnalité morale publique ne sont pas concernées.

L'ordonnance susmentionnée du 4 septembre 2003 modifie le code général des collectivités territoriales et le code de la https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhos-n-2003-485-du-13-octobre-2003-relative-a-lentree-en-vigueur-de-lordonnance-n-2003-850-du-4-septembre-2003-portant-simplification-de-lorganisation-administrative-et-du/

construction et de l'habitation pour élargir les compétences des SEML, SA HLM, OP HLM et des OPAC à des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux répondant aux besoins d'un EPS.

1. L'intervention des SEML en matière d'investissement hospitalier :

Instrument privilégié de l'intervention des collectivités territoriales, les SEML ne peuvent réaliser des opérations d'aménagement, de construction, exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou réaliser toute autre activité d'intérêt général que dans le cadre des compétences reconnues par la loi aux communes, aux départements, aux régions et à leurs groupements. Les collectivités territoriales ne disposant pas de compétences spécifiques en matière de santé, une dérogation au régime général des compétences de ces sociétés, limitativement énumérées par la loi, était nécessaire pour leur permettre de participer à l'effort de relance de l'investissement initié par le plan « Hôpital 2007 ». Contrairement aux SA HLM, aux OP HLM et aux OPAC, les SEML pourront participer au financement des investissements hospitaliers.

Elles pourront donc intervenir :

- soit en tant que prestataires de service en se portant candidates aux marchés. Dans ce cas, la SEML assure, en pratique, la maîtrise d'ouvrage déléguée pour le compte de l'EPS ou de la structure de coopération. Le choix de la SEML doit donc résulter d'une procédure de publicité et de mise en concurrence dans les conditions prévues par le CMP, et les dispositions de la loi MOP précitée s'appliquent également ;
- soit en tant qu'opérateur assurant le financement de l'opération, par exemple dans le cadre d'un BE tel que prévu à l'article L. 6148-2 et selon les modalités de publicité et de mise en concurrence prévue par l'article L. 6148-5 du CSP.

2. L'intervention des OPAC, des SA HLM et des OP HLM en matière d'investissement hospitalier :

Les articles L. 421-1, L. 421-4 et L. 422-2 du code de la construction et de l'habitation énumèrent précisément l'objet des OPAC, des SA HLM et des OP HLM, ainsi que les activités qu'ils peuvent assurer, à titre subsidiaire.

Ces articles sont modifiés par l'ordonnance susmentionnée du 4 septembre 2003 pour élargir le champ de leurs activités subsidiaires à la conception, la réalisation, l'entretien ou la maintenance d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux - notamment des maisons de retraite gérées par des EPS en budget annexe - pour les besoins d'un EPS.

Ces organismes intervenant en qualité de prestataires de service, l'appel à leurs compétences implique une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, dans le respect des dispositions du CMP. Par ailleurs, les dispositions de la loi du 12 juillet 1985 (loi MOP) sont également applicables. Il convient de rappeler que, contrairement aux SEML, ces offices publics ou sociétés anonymes n'ont pas compétence pour participer au financement des investissements hospitaliers ainsi réalisés.

Vous informerez sans délai les établissements de santé de l'ensemble de ces nouvelles dispositions. Les éventuelles difficultés d'application que vous pourriez rencontrer devront être transmises à l'adresse suivante : « regles-financ-hosp@sante.gouv.fr ».

V. - INFORMATIONS TRANSMISES À L'AUTORITÉ DE TARIFICATION RELATIVES AUX COMPTES DES ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

L'article 23 de l'ordonnance rend obligatoire la transmission de la comptabilité des établissements de santé privés aux agences régionales de l'hospitalisation quand ils sollicitent une aide à l'investissement. En outre, la transmission de la comptabilité de l'organisme gestionnaire de ces établissements permettra aux services de l'Etat d'effectuer un contrôle complet de l'utilisation des fonds de l'assurance maladie (art. L. 6161-3 CSP).

VI. - ACTIVITÉ LIBÉRALE DES PRATICIENS HOSPITALIERS

L'article 30 de l'[ordonnance du 4 septembre 2003](#) a modifié l'article L. 6154-3 du code de la santé publique. Désormais les praticiens hospitaliers qui exercent une activité libérale peuvent à nouveau choisir le mode de perception de leurs honoraires, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'hôpital.

Par ailleurs l'article 3-III de l'ordonnance précitée a modifié les articles L. 6154-4 et L. 6154-6 du code de la santé publique. L'autorisation d'exercer une activité libérale est désormais délivrée par le directeur de l'agence régionale d'hospitalisation.

Pour tenir compte de ces nouvelles dispositions, le décret du 25 avril 2001 susmentionné sera prochainement modifié.

Toutefois, sans attendre la publication du décret, et dès lors qu'un praticien hospitalier choisit de percevoir directement ses honoraires, il vous appartient d'établir un avenant au contrat type afin que soit mentionné explicitement le choix du praticien. Cet avenant doit être adressé, pour approbation, au directeur de l'agence régionale d'hospitalisation.

En revanche, lorsque le praticien choisit de percevoir ses honoraires par la caisse de l'hôpital, il n'y a pas lieu, dans ce cas, de modifier le contrat. Afin d'assurer la gestion du recouvrement de ces honoraires, il vous appartient de vous reporter au paragraphe 5. - Recouvrement des honoraires, de la circulaire n° 561 du 26 novembre 2001 susmentionnée.

Vous voudrez bien me faire part, sous le présent timbre, des difficultés éventuelles d'application de cette circulaire.

Pour le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, et par délégation :
Le directeur de l'hospitalisation et de l'organisation des soins, E. Couty

(1) Par commodité, ces structures seront dénommées « structures de coopération » dans la suite du document.