

Table des matières

Table des abréviations	9
Avant-propos	11
Introduction.....	13
L'apparition des montages contractuels complexes, assemblage d'objets contractuels, assemblage de contrats	29
I. Qu'est-ce qu'un montage ?.....	32
II. La notion de « complexité ».....	32
SECTION I : L'ASSEMBLAGE D'OBJETS CONTRACTUELS	37
I. La dénaturaion des techniques contractuelles usuelles des personnes publiques ..	39
A. DONNÉES DE BASE	39
B. LES CONTRATS MÉLANT CONCESSION ET MARCHÉ PUBLIC : LES « METP ».....	42
1. Origines du METP.....	44
2. Qualification juridique des METP.....	45
C. LES CONTRATS MÉLANT GESTION DÉLÉGUÉE ET CONTRAT D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC	48
1. L'inclusion dans les délégations de service public d'éléments contractuels proches de la concession domaniale	49
2. La question de la licéité des prestations annexes du délégataire de service public.....	51
a. <i>La délégation de prestations annexes</i>	51
b. <i>L'autorisation d'exercer des prestations annexes</i>	59

II. L'emprunt aux droits extérieurs.....63

 A. L'EMPRUNT AU DROIT PRIVÉ.....63

 1. L'emprunt aux montages contractuels complexes
 du droit privé64

 2. La complexité résultant de l'emprunt au droit privé.....65

 B. L'EMPRUNT AUX DROITS ÉTRANGERS66

 1. Les contrats de *Private Finance Initiative* (PFI).....66

 2. Le « lease » américain70

SECTION II : LES CONTRATS ASSEMBLÉS.....72

 I. Situations d'assemblage de contrats.....73

 A. ENTRE LES MÊMES PARTIES.....73

 B. SITUATIONS MULTIPARTITES74

 II. Complexité et indivisibilité.....75

 A. NOTION D'INDIVISIBILITÉ75

 B. CONSÉQUENCES DE L'INDIVISIBILITÉ79

Première partie

La question du libre recours
aux formules contractuelles dérogatoires

Le principe du libre choix de la formule contractuelle.....85

SECTION I. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES.....87

 I. La reconnaissance de la liberté contractuelle des personnes publiques.....87

 A. RECONNAISSANCE DES ATTRIBUTS DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE
 DES PERSONNES PUBLIQUES90

B. L’AFFIRMATION EXPLICITE DE LA RÈGLE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES	92
1. Les personnes publiques bénéficient de la règle de la liberté contractuelle.....	92
2. Les personnes publiques bénéficient d’une liberté contractuelle protégée	97
II. Signification et portée de la liberté contractuelle des personnes publiques	101
A. UN CARACTÈRE NÉCESSAIREMENT PLUS RESTREINT QUE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PRIVÉES	101
B. UNE FONCTION IDENTIQUE À CELLE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PRIVÉES.....	104
SECTION II. LE LIBRE CHOIX DE LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE.....	108
I. Le libre choix parmi les contrats publics	108
A. LES MANIFESTATIONS DE LA LIBERTÉ DE CHOIX DU CONTRAT PARMI LES CONTRATS PUBLICS	109
1. La liberté de conclure un contrat innomé.....	109
<i>a. Sens de l’expression « contrat innomé »</i>	<i>109</i>
<i>b. Illustrations de la liberté de conclure un contrat innomé</i>	<i>111</i>
2. La liberté de choix entre contrats nommés.....	112
B. LES CONDITIONS GÉNÉRALES D’EXERCICE DU LIBRE CHOIX.....	113
II. Le libre choix entre le contrat public et le contrat privé.....	114
Bibliographie sélective.....	117

L’encadrement de la liberté de recourir aux formules contractuelles dérogatoires.....	121
--	------------

SECTION I. L’ENCADREMENT DU RECOURS AUX MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES	124
--	------------

I. Maîtrise d’ouvrage publique et montages contractuels complexes.....	125
---	------------

A. PORTÉE DE L’OBLIGATION DE RECOURIR À LA MAÎTRISE D’OUVRAGE PUBLIQUE.....	127
---	-----

1. Qui assume la maîtrise d’ouvrage dans les montages contractuels complexes ?...127	
--	--

2. Maîtrise d'ouvrage privée et loi MOP.....	131
B. LA RÉSERVE DU DÉTOURNEMENT DE PROCÉDURE.....	133
1. La prohibition de la « fraude à la loi » : la jurisprudence <i>Région Midi-Pyrénées</i> ...	134
a. <i>La VEFA et la jurisprudence Région Midi-Pyrénées</i>	136
b. <i>Application générale de la jurisprudence Région Midi-Pyrénées</i>	138
2. Critères d'identification du détournement de procédure.....	139
a. <i>En premier lieu, l'illégalité du montage suppose qu'il porte sur la « construction même » d'un immeuble</i>	143
b. <i>En deuxième lieu, l'illégalité du montage suppose que l'ouvrage soit construit « pour le compte de la collectivité » : la personne publique doit avoir pris, elle-même, l'initiative de faire réaliser l'ouvrage projeté</i>	144
c. <i>En troisième lieu, l'illégalité d'un montage implique que l'ouvrage objet de la vente soit « entièrement destiné à devenir la propriété » de la personne publique contractante</i>	147
d. <i>En quatrième lieu, l'illégalité d'un contrat de VEFA suppose que l'ouvrage soit réalisé en fonction des « besoins propres » de la collectivité contractante</i> ..	149
II. Domaine public et montages contractuels complexes	151
A. L'INALIÉNABILITÉ DU DOMAINE PUBLIC	152
1. La distinction fondamentale entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé.....	152
2. Portée	153
B. L'EXTENSION DU PRINCIPE D'INALIÉNABILITÉ	156
1. La domanialité publique virtuelle.....	156
a. <i>Origine et présentation</i>	156
b. <i>Droit positif</i>	158
2. La question de la propriété des ouvrages édifiés par l'occupant du domaine public.....	162
a. <i>Le droit de superficie des occupants privatifs du domaine public</i>	162
b. <i>Jurisprudence Sagifa</i>	163
c. <i>Droits réels administratifs des délégataires de service public ?</i>	168

III. Droit public financier et montages contractuels complexes	169
A. RÈGLES DE COMPTABILITÉ PUBLIQUE.....	169
B. RÈGLES DE DROIT BUDGÉTAIRE.....	170
SECTION II. LE DÉPASSEMENT DES LIMITES GÉNÉRALES : LES INTERVENTIONS LÉGISLATIVES SPÉCIFIQUES.....	171
I. Interventions législatives et obligation de recourir à la maîtrise d'ouvrage publique.....	172
A. L'ÉCRAN LÉGISLATIF.....	173
1. Jurisprudence <i>Sofap-Marignan Immobilier</i>	173
2. Application générale de la jurisprudence <i>Sofap-Marignan Immobilier</i> à l'ensemble des montages autorisés ou institués par la loi.....	174
B. LIMITES DE L'ÉCRAN LÉGISLATIF	175
II. Interventions législatives et principe d'inaliénabilité du domaine public.....	179
A. ATTRIBUTION DE DROITS RÉELS ET ÉTAT.....	179
B. ATTRIBUTION DE DROITS RÉELS ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES.....	182
1. Bail emphytéotique administratif (BEA)	182
a. <i>Domaine du BEA</i>	183
b. <i>Pratique du BEA</i>	185
c. <i>La question de la pérennité du BEA</i>	186
2. L'AOT locale (AOTL).....	187
C. LE CRÉDIT-BAIL IMMOBILIER	190
1. Crédit-bail immobilier et État.....	190
2. Crédit-bail immobilier de droit commun et collectivités territoriales.....	192
3. Crédit-bail SOFERGIE.....	193
III. La portée limitée des interventions législatives : le caractère subsidiaire des formules contractuelles dérogatoires	194
A. LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE	195
1. Le contexte.....	196

2. La décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 et ses suites	199
<i>a. L'approche restrictive du Conseil constitutionnel</i>	200
<i>b. Conséquences de la décision du 26 juin 2003</i>	202
3. La décision du conseil constitutionnel du 24 juillet 2008.....	206
B. PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE	210
1. Les montages globaux.....	212
<i>a. La notion de « contrats globaux »</i>	212
<i>b. La requalification de l'ensemble des contrats globaux</i> <i>en « contrats de partenariat » de l'ordonnance du 17 juin 2004</i>	213
2. Les contrats de construction.....	215
Bibliographie sélective.....	218

Deuxième partie

Concevoir, financer, réaliser et exploiter un équipement public

I. Les contrats de construction dérogatoires.....	226
II. Les contrats globaux	227
III. Présentation des différents schémas contractuels.....	229

Les formules contractuelles limitées à une opération de construction 231

SECTION I. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT PUBLIC231

I. la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)	232
A. PRÉSENTATION GÉNÉRALE.....	234
1. Caractéristiques.....	234
<i>a. Définition</i>	234
<i>b. Intérêts de la VEFA</i>	235

2. Complexité de la VEFA.....	237
B. VEFA ET PROBLÉMATIQUES SPÉCIFIQUES DE DROIT PUBLIC.....	240
1. VEFA et organismes HLM	240
2. VEFA et divisions en volumes	243
II. La cession ou échange de terrains contre locaux à construire	245
A. DÉFINITION ET AVANTAGES	245
B. OBSTACLES	246
SECTION II. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT PRIVÉ.....	247
I. Les contrats à objet immobilier	247
A. LE BAIL À CONSTRUCTION	249
1. Présentation générale.....	250
2. Conditions du recours au bail à construction.....	250
a. <i>Domanialité publique</i>	250
b. <i>Maîtrise d'ouvrage publique</i>	253
c. <i>Bail à construction et bail emphytéotique administratif : les collectivités territoriales peuvent-elles encore recourir au bail à construction ?</i>	253
d. <i>Baux superficiaires de droit commun et droit des aides publiques</i>	254
B. LE BAIL EMPHYTÉOTIQUE ADMINISTRATIF (BEA)	255
1. Les droits réels conférés au preneur	257
2. Le BEA, technique de financement et de réalisation des équipements publics....	258
a. <i>Jurisprudence Sofap-Marignan Immobilier</i>	258
b. <i>Maîtrise d'ouvrage privée</i>	260
c. <i>Missions de l'emphytéote</i>	262
d. <i>BEA sectoriels</i>	268
3. Les conditions du recours au BEA des collectivités territoriales.....	272
a. <i>Les parties au BEA</i>	272
b. <i>Une véritable emphytéose</i>	272
c. <i>Une opération d'intérêt général ou accomplissement d'une mission de service public</i>	273
d. <i>Dépendances concernées</i>	278

4. Le régime général du BEA des collectivités territoriales.....	283
<i>a. Nature juridique du BEA</i>	283
<i>b. Durée du BEA et résiliation anticipée</i>	284
<i>c. Régime financier de l'ensemble contractuel</i>	286
<i>d. Les effets juridiques de la détention de droits réels</i>	289
C. L'AUTORISATION D'OCCUPATION TEMPORAIRE CONSTITUTIVE DE DROITS RÉELS ET LOCATION AVEC OPTION D'ACHAT (AOT-LOA).....	292
1. AOT et domaine public de l'État.....	292
<i>a. Mécanisme</i>	293
<i>b. Régime général de l'autorisation et du droit réel</i>	297
2. AOT et domaine public local.....	304
D. LE BAIL EMPHYTÉOTIQUE HOSPITALIER (BEH)	305
1. Présentation générale	305
2. Particularités du BEH	308
II. Les contrats à objet principalement financier	309
A. LE CRÉDIT-BAIL IMMOBILIER	309
1. Complexité du crédit-bail	312
2. Les utilisations du crédit-bail.....	314
<i>a. La personne publique crédit-preneur</i>	314
3. Bail emphytéotique administratif (BEA)	317
4. Autorisation constitutive de droits réels (AOT ou AOTL).....	318
<i>a. La personne privée crédit-preneur dans le cadre d'un montage public</i>	318
<i>b. Convention tripartite</i>	322
B. L'OFFRE DE CONCOURS.....	325
1. Description de l'offre de concours.....	325
2. Nature juridique de l'offre de concours	326
3. Liberté de recourir à l'offre de concours.....	327
Bibliographie sélective.....	328

Les formules contractuelles globales : financer, réaliser et exploiter un équipement public.....	335
SECTION I. LES MONTAGES NE REPOSANT SUR AUCUN TEXTE.....	337
I. Une technique disparue dans sa forme originale : le METP.....	337
II. Les conventions de gestion globale.....	341
A. LA LICÉITÉ DES CONVENTIONS DE GESTION GLOBALE	342
1. Le principe.....	342
2. Les limites.....	343
B. LE RÉGIME DES CONVENTIONS DE GESTION GLOBALE.....	344
SECTION II. LES MONTAGES CONTRACTUELS CONSACRÉS PAR LA LOI	345
I. Les contrats domaniaux globaux.....	346
A. LE BEA.....	347
1. Le BEA avec convention d'exploitation technique non détachable.....	347
2. Le BEA avec convention d'exploitation du service public non détachable.....	348
3. La question de l'éclatement du financement et de la gestion de l'ouvrage.....	350
B. L'AOT ET L'AOTL.....	351
C. LE BEH.....	351
II. Les contrats de partenariat.....	352
A. GÉNÉRALITÉS.....	353
1. Sources.....	353
a. <i>Les textes : loi du 2 juillet 2003 ; ordonnance du 17 juin 2004 ; loi du 28 juillet 2008 ; loi du 17 février 2009</i>	<i>353</i>
b. <i>Un « faux » nouveau contrat</i>	<i>356</i>
2. Identification	357
a. <i>Définition légale</i>	<i>357</i>
b. <i>Une famille de contrats</i>	<i>357</i>

B. LE CONTENU DES CONTRATS DE PARTENARIAT	359
1. Missions du cocontractant	359
<i>a. Missions minimales</i>	359
<i>b. Autres prestations</i>	360
<i>c. Prestations et recettes annexes</i>	362
2. Durée	363
3. Droits réels et statut des équipements	364
<i>a. Propriété du terrain et propriété des équipements</i>	364
<i>b. Le principe d'une détention de droits réels sur le domaine public</i>	366
<i>c. La conclusion de baux superficiaires par le titulaire d'un contrat de partenariat</i>	366
4. Maîtrise d'œuvre et contrats de partenariat	368
5. La logique de partage des risques	370
6. Autres clauses	372
B. LES CONDITIONS DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT	374
1. L'évaluation	378
2. Les motifs de fond	380
<i>a. La condition tenant à l'urgence</i>	381
<i>b. La condition tenant à la complexité</i>	387
<i>c. Le bilan coûts / avantages favorable au contrat de partenariat</i>	391
Bibliographie sélective	393

Troisième partie

La réception des montages contractuels complexes et des formules contractuelles de partenariat public-privé et droit des travaux publics

Montages contractuels complexes, partenariats public-privé et droit des travaux publics	401
--	-----

SECTION I. MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES ET « TRAVAUX PUBLICS »	402
I. la notion de travail public	402
A. POSITION DU PROBLÈME	403
B. DISTINCTION ENTRE « MAÎTRISE D'OUVRAGE » ET « TRAVAIL EFFECTUÉ POUR LE COMPTE DE »	405
1. Travaux publics et maîtrise d'ouvrage publique sont souvent liés aux yeux de la jurisprudence	405
2. L'état du droit : la dissociation des notions	406
3. Le critère déterminant actuel : l'intégration dans le patrimoine public des ouvrages une fois achevés	408
II. Les montages contractuels complexes et formules de PPP sont-ils des « contrats de travaux publics » ?	411
A. LA NOTION DE « CONTRAT DE TRAVAUX PUBLICS »	411
B. APPLICATIONS	413
1. Le cas des travaux dénués d'intérêt général	413
2. Le cas des travaux réalisés dans le cadre d'un contrat de droit privé par détermination de la loi	414
3. Le cas des travaux réalisés en l'absence de transfert de propriété immédiate des ouvrages	414
4. Le cas des travaux réalisés dans le cadre de contrats de partenariat	415
SECTION II. MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES ET « OUVRAGES PUBLICS »	416
Bibliographie sélective	418
Montages contractuels complexes, partenariats public-privé et droit des contrats publics	419
SECTION I. LA NATURE JURIDIQUE DES MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES ET DES FORMULES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ	420
I. Une question importante	421
A. RÈGLES GÉNÉRALES APPLICABLES AUX CONTRATS ADMINISTRATIFS	421

B. PRINCIPES DU DROIT DES CONCESSIONS	422
II. Nature juridique	423
A. RAPPEL DES CRITÈRES D'IDENTIFICATION DES CONTRATS PUBLICS.....	423
1. Contrats des personnes publiques	423
2. Contrats des personnes privées	425
B. APPLICATIONS.....	427
1. Montages relatifs à l'exécution de travaux privés.....	427
<i>a. Les travaux privés réalisés dans le cadre d'un contrat de droit privé par détermination de la loi : le cas des ventes complexes</i>	<i>427</i>
2. Montages strictement immobiliers	429
3. Le cas des contrats indivisibles.....	429
SECTION II. LA QUESTION DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES ET DES FORMULES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ	431
I. Complexité et absence de mise en concurrence.....	431
A. INFLUENCE DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE.....	432
B. QUALIFICATIONS JURIDIQUES : INTÉRÊT DE LA QUESTION	435
II. Les qualifications internes	436
A. LA QUALIFICATION DE MARCHÉ PUBLIC	438
1. La qualification des contrats de construction complexes.....	440
<i>a. La notion de marché public de travaux.....</i>	<i>440</i>
<i>b. Exclusion de la qualification de marché public de travaux des montages faisant appel à une maîtrise d'ouvrage privée</i>	<i>443</i>
2. La qualification des contrats globaux.....	444
<i>a. État de la question avant l'ordonnance du 17 juin 2004.....</i>	<i>444</i>
<i>b. État du droit depuis l'ordonnance du 17 juin 2004.....</i>	<i>446</i>
B. LA QUALIFICATION DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC	447
C. LA QUALIFICATION DE CONTRAT DE PARTENARIAT	449
D. LA QUALIFICATION DE CONCESSION D'AMÉNAGEMENT	450

III. Les qualifications d'origine communautaire.....	452
A. LA QUALIFICATION DE MARCHÉ PUBLIC	453
1. Les marchés à objet composite	454
2. La qualification des contrats de travaux	459
<i>a. La définition communautaire du marché public de travaux</i>	459
<i>b. Applications</i>	463
B. LA QUALIFICATION DE CONCESSION DE TRAVAUX	470
1. Délégations de service public et concessions de travaux	471
2. Montages globaux et concessions de travaux	474
 Bibliographie sélective.....	475
 Conclusion	481
 Table chronologique de la jurisprudence	485
 Index thématique	501
 Bibliographie générale	505