

Aux confins du droit de la commande publique - La vente

Laurent Givord, Avocat à la cour, Maître de conférences associé à l'Université de Poitiers

Visée à l'article 1582 du code civil, la vente est la « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer » ; il s'agit d'une vente immobilière lorsque la chose en question est un immeuble (terrain non bâti, immeuble bâti...). La vente, dans l'imaginaire aussi bien juridique que commun, est souvent considérée comme l'archétype du contrat de droit privé, à tort car si une personne publique qui vend un bien immobilier conclut effectivement un tel contrat, c'est sous réserve qu'il ne réponde pas aux critères jurisprudentiels classiques qui en feront un contrat administratif⁽¹⁾.

La commande publique est quant à elle envisagée par le code de la commande publique⁽²⁾ et se caractérise, schématiquement, par les éléments constitutifs cumulatifs suivants - sur lesquels nous serons conduits à revenir : 1/ sa forme est contractuelle⁽³⁾ ; 2/ son objet est la réponse à un besoin⁽⁴⁾ déterminé préalablement avec précision par l'entité qui y est soumise organiquement et auquel un opérateur économique⁽⁵⁾ répond ; 3/ elle est à caractère onéreux. La commande publique est liée quasi substantiellement à la notion de contrat administratif. Mais à tort, là également, puisque, d'une part, c'est omettre qu'avant la qualification législative née de la loi dite « MURCEF »⁽⁶⁾ les personnes publiques pouvaient conclure des marchés de droit privé⁽⁷⁾ et, d'autre part, les acheteurs et autorités concédantes soumis organiquement aux dispositions de la commande publique peuvent être des personnes morales de droit privé (sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales...)⁽⁸⁾, de sorte que leurs marchés ou concessions seront des contrats de droit privé⁽⁹⁾.

Ces premières observations donnent déjà à voir que deux types de contrats - ici la vente immobilière, là ceux relevant de la commande publique - qui sont, selon un premier réflexe, strictement distingués, ne sont pas dénués de points communs.

Au-delà, au gré des objectifs des entités soumises à la commande publique, notamment quant à la valorisation de leur domaine, et de l'ingénierie contractuelle censée y répondre - caractérisée par ce que l'on nomme « les montages contractuels complexes »⁽¹⁰⁾ -, la vente immobilière et la commande publique peuvent interagir étroitement, ce qui n'est pas sans poser de multiples questions, notamment quant à la qualification du contrat qu'il s'agira *in fine* de passer⁽¹¹⁾. Ces interactions s'incarnent à travers deux cas de figure principaux.

En premier lieu, lorsqu'il s'agit pour l'entité soumise au code de la commande publique de céder un de ses biens immobiliers, le lien avec la commande publique, en tout cas de prime abord, n'est naturellement pas le plus évident. En effet, dans cette position, l'entité en cause est, en principe, en position d'offreur et non d'acquéreur de prestations répondant à ses besoins⁽¹²⁾. Bien entendu, la réalité d'un certain nombre d'opérations immobilières est susceptible de perturber cette analyse : dans le cadre d'une opération immobilière globale, les entités soumises au code de la commande publique peuvent vendre un bien immobilier - soit de gré à gré, soit selon une consultation spécifique⁽¹³⁾ (appel à projets notamment⁽¹⁴⁾) -, mais également prescrire des obligations, à la charge de leur acquéreur, de nature et de précisions très variables. Peuvent ainsi peser sur l'acquéreur des obligations dites « de programmation » (réalisation d'un pourcentage de logements notamment sociaux, de bureaux, d'un bâtiment industriel...)⁽¹⁵⁾, l'idée étant essentiellement