

## COMMANDE PUBLIQUE

# Les OPH sortent du Code des marchés publics

L'article 132 de la loi du 17 mai 2011, codifié à l'article L. 421-26 du Code de la construction et de l'habitation, soumet désormais les contrats des offices publics de l'habitat (OPH) à l'ordonnance du 6 juin 2005, et non plus au Code des marchés publics.

**OLIVIER METZGER** Avocat  
**SAMUEL COUVREUR** Elève-avocat, cabinet Seban et associés

La loi 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 soumet désormais les offices publics de l'habitat (OPH) à l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005, et non plus au Code des marchés publics. Cette mesure vise à simplifier les procédures d'achat des offices. Y parviendra-t-elle? Tel est l'objet des développements qui suivent.

### Soumission des contrats des OPH à l'ordonnance

L'article 132 de la loi est né d'un amendement adopté à l'initiative du sénateur Thierry Repentin, contre l'avis du gouvernement. Il crée l'art. L. 421-26 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) qui soumet désormais les achats des OPH à l'ordonnance du 6 juin 2005. Pour Thierry Repentin, «cet amendement a pour objet d'aligner les obligations des offices sur celles des SA HLM et SA coopérative d'HLM ainsi que des SEM, SPLA et SPL relativement à la passation de leurs marchés». Notons d'emblée que cette loi – pour laquelle aucun décret d'application n'est encore prévu à ce jour – donne naissance à une incohérence inévitable, puisque l'art. R. 433-4 du CCH – qui soumettait les marchés des OPH au Code des marchés publics – demeure en vigueur. Le principe de hiérarchie des normes permettra toutefois d'écarter cette disposition au profit de la loi. Ensuite, il est important de prendre en compte l'ouverture pour les OPH d'une période de transition, puisque les marchés en cours de passation jusqu'au jour de la promulgation de la loi demeureront soumis



au Code, alors que les suivants se verront appliquer l'ordonnance.

### Baucoup de similitudes

Pour la passation de leurs marchés, les OPH vont désormais non seulement devoir se conformer aux dispositions de l'ordonnance, mais, également, à ses décrets d'application (1) qui offriront un régime *a priori* plus souple que celui issu du Code. Naturellement, les OPH conserveront la possibilité de se soumettre volontairement aux dispositions du Code (2). Une telle hypothèse paraît en pratique assez peu probable et les OPH auront tout intérêt à se former à ces nouvelles règles. Il convient également de conserver à l'esprit qu'en tout état de

**Les dispositions de l'ordonnance offriront un régime a priori plus souple que celui issu du Code des marchés publics.**

cause, les règles de l'ordonnance et celles du Code sont issues d'un même corpus de règles communautaires dérivées des directives européennes (3). Dès lors, si des différences entre le Code et l'ordonnance existent, nombre de dispositions sont similaires. Ainsi, les principes fondamentaux de la commande publique doivent bien évidemment être respectés et appliqués : égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique et transparence des procédures (4) seront toujours d'actualité. Les seuils de procédures formalisées, de même que les procédures qui s'y rattachent, sont également sensiblement identiques, qu'il s'agisse des marchés passés en application du Code (5) ou de ceux passés en application de l'ordonnance (6). Les exceptions figurant à l'art. 3 du Code permettant d'écarter les dispositions dudit Code se trouvent également reprises dans

l'ordonnance de 2005 (7). De même, l'application de certaines règles périphériques au Code demeurera inchangée. Ainsi, pour l'application des dispositions de la loi de 1975 sur la sous-traitance (8), la soumission à l'ordonnance de 2005 est indifférente. En vertu de l'art. L. 2131-12 du Code général des collectivités territoriales, qui renvoie à l'art. L. 2131-1, tous les actes des établissements publics locaux doivent être transmis au préfet pour contrôle de légalité. Si le régime des acomptes et avances est moins formaliste pour les marchés de l'ordonnance (9), il reste assez semblable au régime posé par les art. 86 et suivants du Code. Concernant les délais de paiement, ceux-ci devraient pouvoir être fixés à 30 jours, comme c'est le cas pour les marchés soumis au Code, mais ici les parties disposent d'une certaine liberté contractuelle (10). Enfin, l'art. 17 du décret n° 2005-1742 prévoit, tout comme le Code, la possibilité pour un candidat de se prévaloir des capacités d'autres opérateurs économiques, notamment des sous-traitants, et partant, sous-entend à notre sens la possibilité d'une appréciation globale de la capacité des candidats en groupement. La liste des règles inchangées est déjà longue et n'est sans doute pas exhaustive. Pour autant, des différences existent et doivent être précisées.

### Des différences notables

Il en est une qui est évidente : si le Code régit la passation et l'exécution des marchés publics, les règles de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de son décret d'application s'intéressent de manière quasi exclusive à la passation des contrats. Cela signifie par exemple que, s'agissant des cessions de créances, il conviendra de se reporter aux seules dispositions plus souples du Code monétaire et financier (11). Les principales différences de régime résident toutefois dans les règles de passation des marchés, qui vont pouvoir faire naître quelques hésitations dans les services marchés publics des OPH.

Autre nouveauté : aucune mention ne figure dans l'ordonnance quant à l'obligation d'allotissement. Ainsi, contrairement au Code, l'ordonnance ne fait pas de l'allotissement un principe. La différence est de taille lorsque l'on sait que ce principe est source d'un contentieux plutôt abondant. Afin de respecter la liberté d'accès à la commande publique, il paraît plus raisonnable de ne pas regrouper des prestations trop hétérogènes dans un seul marché (ou lot). Une autre avancée pourrait être réalisée concernant l'analyse lot par lot dans le cadre d'un marché alloti. En effet, dès lors qu'aucune disposition ne préconise formellement une telle modalité d'analyse, rien ne semble interdire une analyse globale des offres dans le cadre d'un marché alloti. Une autre différence découle de l'absence de

principe, dans les procédures ouvertes, d'une analyse des candidatures puis des offres en deux phases distinctes, ainsi que cela est prévu par le Code.

De la souplesse, les OPH vont en trouver en dessous des seuils de procédure formalisée, notamment dans le choix de la forme de

### L'ordonnance ne mentionne pas d'obligation d'allotissement.

publicité du marché. Un des intérêts de l'ordonnance est ainsi de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de définir librement les modalités de passation pour tous les contrats dont le montant se situera en deçà des seuils (12). Cette liberté n'est toutefois pas absolue et un « degré de publicité adéquat » doit être assuré (13). Au final, la situation est assez proche des marchés à procédure adaptée (Mapa) pour lesquels le pouvoir adjudicateur définit librement les modalités qu'il retient. D'autant qu'il n'existe pas de seuil exonérateur de publicité et de mise en concurrence pour les contrats de l'ordonnance, contrairement au seuil de 4000 euros HT qui existe pour les marchés soumis au Code (14).

Notons également qu'en dessous des seuils de procédure formalisée, aucune forme de publicité n'est imposée. Là où le Code prévoit un seuil intermédiaire de 90000 euros HT à partir duquel une publicité est obligatoire au « Bulletin officiel des annonces de marchés publics » ou dans un journal d'annonces légales, l'ordonnance laisse les pouvoirs adjudicateurs libres de leur choix en dessous des seuils des procédures formalisées.

Par ailleurs, seule une publicité au « Journal officiel de l'Union européenne » est imposée au-dessus des seuils, là où une publicité « nationale » est également imposée par le Code. Là encore, la différence est de taille et les incidences seront notables.

De la souplesse donc dans la publicité préalable à la commande, mais de la souplesse aussi dans la mise en œuvre des procédures

formalisées. L'une des différences importantes concerne la suppression de l'intervention de la commission d'appel d'offres (CAO). A l'origine d'irrégularités, mais surtout d'une lourdeur procédurale parfois excessive, la CAO n'est pas imposée pour les contrats soumis à l'ordonnance de 2005. Pourtant, alors que le but de la soumission des contrats des OPH à l'ordonnance était, notamment, d'uniformiser le régime de leurs achats avec ceux des SA HLM et des SEM, comment ne pas s'étonner que l'art. R. 433-6 du CCH impose l'intervention d'une telle commission pour ces opérateurs privés du logement social. On peut dès lors s'interroger sur la suppression « définitive » d'une CAO pour les OPH. En tout état de cause, est-il raisonnable pour le pouvoir adjudicateur de se priver d'une décision collégiale pour certains contrats très importants ? La mise en œuvre de commissions *ad hoc* devrait donc se multiplier, sans toutefois préjuger de la réintégration formelle de la CAO dans les nouveaux textes.

### Pas de précisions sur la dématérialisation

L'ordonnance et son décret d'application sont également muets concernant l'obligation de mettre en place la dématérialisation.

Le fractionnement des marchés en tranches n'est prévu ni par l'ordonnance, ni par son décret. La doctrine s'accorde toutefois sur le fait qu'aucun principe ne s'oppose à un tel fractionnement.

Enfin, le régime des marchés à bons de commande est légèrement différent de celui organisé par le Code : la possibilité de s'adresser, pour des besoins occasionnels de faible montant à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché de ce type, n'étant pas reprise dans le décret du 30 décembre 2005. Une sérieuse difficulté pourrait surgir à l'occasion de la participation à des groupements de commandes constitués par des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance. Celle-ci est en effet silencieuse sur une telle

## CE QU'IL FAUT RETENIR

- La loi du 17 mai 2011 pour la simplification et l'amélioration de la qualité du droit prévoit désormais la soumission des achats des offices publics de l'habitat (OPH) à l'ordonnance du 6 juin 2005, et non plus au Code des marchés publics.
- Cette disposition vise à simplifier la passation des contrats de ces organismes et, de fait, l'ordonnance du 6 juin 2005 est moins contraignante que

le Code. Toutefois, un certain décalage subsiste : il en va ainsi des règles relatives à l'allotissement, à la publicité, à la dématérialisation ou encore aux commissions d'appel d'offres.

- Enfin, il faut noter que les contrats des OPH ne sont plus des contrats administratifs par détermination de la loi. Il faudra donc regarder au cas par cas le caractère de ces contrats afin de déterminer le juge compétent.

(●●●) éventualité, alors que l'art. 8 du Code régit précisément les groupements de commandes et prévoit l'application des règles du Code. En outre, si l'art. R. 433-1 du CCH précise que «les organismes privés d'habitation à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux peuvent se grouper pour procéder à des achats, selon des modalités qu'ils déterminent librement», cette disposition ne vise pas les OPH. Si les personnes soumises à l'ordonnance peuvent bien évidemment s'intégrer et participer à un groupement de commandes déjà formé par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code, les OPH – qui ne sont plus soumis au dit Code – ne bénéficient plus de cette disposition, ce qui pourrait les empêcher d'être à l'initiative des groupements de commandes. Faut-il alors considérer que les OPH ne pourront former un tel groupement en l'absence de dispositions expresses en ce sens ?

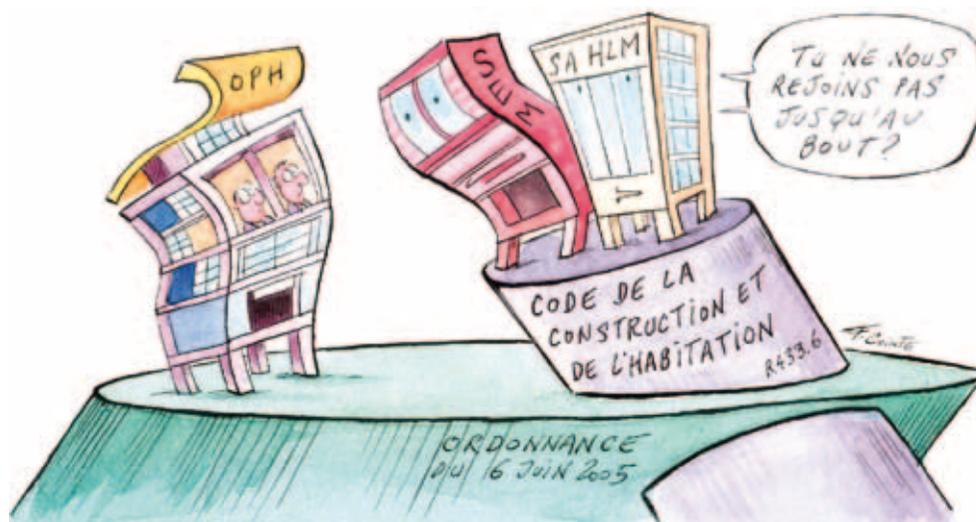
On peut s'interroger sur les raisons d'une

**Les OPH doivent prévoir des clauses exorbitantes pour préserver leurs pouvoirs, et conférer au contrat un caractère administratif.**

telle exclusion, sauf s'il s'agit d'un oubli qui sera rapidement corrigé. En tout état de cause, même si le régime du groupement n'est pas expressément prévu, il n'est pas non plus explicitement condamné. Et rappelons que le Conseil d'Etat a pu préciser que, même dans le cadre d'un tel groupement,

les adhérents pouvaient appliquer les règles de droit commun du mandat (15). Une autre différence notable concerne la définition même des marchés de travaux qui diffère entre le Code et l'ordonnance. En effet, contrairement au Code, on ne retrouve pas – dans la définition des marchés de travaux posée par l'ordonnance – la condition de l'exercice par le pouvoir adjudicateur de la maîtrise d'ouvrage. La définition des marchés de travaux figurant dans l'ordonnance est une reprise à l'identique de la définition communautaire des travaux. Cette différence est d'importance puisque si certains contrats des OPH, tels les baux emphytéotiques, échappaient de fait à la qualification de marchés publics au sens du droit interne dès lors que s'appliquait le Code, tel pourrait ne plus être le cas à l'avenir.

Enfin, il est important de souligner que les marchés soumis à l'ordonnance ne sont pas, contrairement à ceux soumis au Code (16),



des contrats administratifs par détermination de la loi. Il conviendra donc d'appliquer à chaque fois les critères jurisprudentiels de détermination du caractère administratif d'un contrat (17). Ce point n'est pas neutre. Le caractère privé du contrat ne permettra pas aux OPH d'exercer les pouvoirs de contrôle, de direction et de modification unilatérale reconnus classiquement à l'administration dans le cadre d'un contrat administratif. On ne saurait donc que trop conseiller aux OPH de prévoir des clauses exorbitantes, non seulement pour préserver leurs pouvoirs, mais surtout pour conférer au contrat un caractère administratif (18).

### Compétence du juge judiciaire

A défaut, les OPH devront donc être vigilants quant à la compétence du juge en cas de litiges et quant à l'incidence de la qualification de leurs contrats en référé. Par suite, si les dispositions des art. L. 551-1 du Code de justice administrative trouveront pleinement à s'appliquer aux marchés publics, il conviendra en revanche, concernant les marchés privés, de faire application des art. 2 (relatif au référé précontractuel) et 11 (référé contractuel) de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 afférente aux procédures de recours. Ces dispositions permettent l'exercice d'un recours précontractuel ou contractuel pour les marchés de droit privé, fondé sur les mêmes griefs que pour ceux soumis au Code, dans les mêmes conditions de recevabilité offertes au requérant, et avec les mêmes pouvoirs accordés – cette fois – au président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente. Dès lors, on imagine les interrogations d'un

### EN SAVOIR PLUS

**Textes officiels :** loi 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics ; décret 2005-1038 du 20 octobre 2005 ; décret 2005-1742 du 30 décembre 2005.

office qui, au moment de renseigner un avis de publicité, se demandera quelle est la juridiction compétente, à savoir le tribunal de grande instance (art. L211-14 du Code de l'organisation judiciaire). Il lui appartiendra donc de bien anticiper cette question. En conclusion, la soumission des marchés passés par les OPH aux dispositions de l'ordonnance peut être considérée comme un réel pas en avant : d'abord, car il leur sera accordé une souplesse appréciable pour l'exercice de leurs missions ; ensuite, car cette soumission contribue à unifier le régime des contrats des bailleurs sociaux. La lecture du décret d'application (19) de l'ordonnance sera indispensable aux gestionnaires des OPH, dans la mesure où celui-ci contient les principales règles pratiques. Et il permet de s'apercevoir que les différences de régime entre le Code et l'ordonnance restent finalement ténues : le législateur n'a pas ouvert la boîte de Pandore de la commande publique. Avec ce changement de régime, s'ouvre une transition qui sera source d'interrogations pour les offices. Une première réponse pourrait être d'adopter rapidement un guide interne d'achat, de nature à prévoir et à uniformiser les procédures des OPH. ■

(1) Décret 2005-1038 du 20 octobre 2005 et décret 2005-1742 du 30 décembre 2005. (2) Voir CE 3 juin 2009, «Opac du Rhône», n° 324405. (3) Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004. (4) Voir art. 6 de l'ordonnance. (5) Voir art. 26 du Code. (6) Voir art. 7 du décret 2005-1742 précité (7) Art. 7 de l'ordonnance préc. (8) Loi 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. (9) Voir art. 47-1 du décret 2005-1742 précité. (10) Voir art. 441-6 du Code de commerce. (11) Art. L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier ; voir aussi CE 19 novembre 2004, «National Westminster Bank», n° 231103. (12) Voir article 10 du décret 2005-1742 précité. (13) CJCE 7 décembre 2001, «Telaustria» - 15 mai 2008, «Secap Spa c. Cne Turin», aff. C-147/06. (14) Le seuil de 20000 euros HT a été annulé : CE 10 février 2010, «Perez», n° 329100. (15) CE 9 juillet 2003, «Sipperec», n° 249852 (16) En vertu de l'art. 2 de la loi Murcef 2001-1168 du 11 décembre 2001. (17) Voir CE 31 juillet 1912, «Soc. des granits porphyroïdes des Vosges» ; CE 20 avril 1956, «Epx Bertin» ; TC 8 juillet 1963, «Entreprise Peyrot». (18) CE 31 juillet 1912, «Soc. des granits porphyroïdes des Vosges». (19) Décret du 30 décembre 2005 précité.