

COMMANDE PUBLIQUE

Le candidat en redressement judiciaire, mal loti

Décrocher un marché public peut permettre à une entreprise en difficulté de sortir de l'ornière. Mais la réglementation, éclairée par la jurisprudence récente, se montre peu favorable à la candidature d'entreprises en redressement judiciaire.



HERVÉ LETELLIER avocat associé,
Selarl Szymchowicz-Weissberg et Associés

Les acheteurs publics se retrouvent régulièrement confrontés à la candidature d'entreprises en redressement judiciaire, c'est-à-dire de sociétés dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec leur actif disponible mais qui bénéficient d'une période de « probation » leur permettant, le cas échéant, de poursuivre leur activité en l'apurant (art. L.631-1 et s. du Code de commerce - C. com.). Ce qui pose la question de la marge de manœuvre offerte, dans cette hypothèse, aux personnes publiques. La jurisprudence récente a apporté certaines précisions à cet égard, fournissant l'occasion de synthétiser ici ces principes et apports. L'enjeu est d'établir un équilibre entre la nécessité d'aider les entreprises en difficultés en leur laissant la possibilité de candidater aux procédures de dévolution, et celle de pouvoir mener à bien l'exécution de ces marchés en permettant aux acheteurs d'écarter les opérateurs considérés comme trop fragiles. Cet équilibre demeure toutefois assez théorique, les contraintes imposées rendant la participation de sociétés en redressement judiciaire extrêmement délicate.

La candidature, permise en principe

Certes, le principe demeure celui de la libre participation des sociétés en redressement judiciaire aux marchés publics. La procédure de redressement est supposée permettre la poursuite de l'activité. Elle débute en effet par une période d'observation de six mois renouvelable une fois (et, à titre exceptionnel, deux fois), à l'issue de laquelle un plan de redressement peut être accepté ou une liqui-

Dessin à commander 130mm x 107mm

dation proposée. Aussi un acheteur public ne peut se fonder sur cette seule situation pour écarter une entreprise (1). A cet égard, la situation des sociétés en redressement judiciaire se distingue de celles :

- en liquidation judiciaire, lesquelles, puisque leur redressement est manifestement impossible (art. L. 640-1 et s. C. com.), ne peuvent candidater à l'attribution de marchés publics ainsi que le rappellent les articles 43 du Code des marchés publics et 8.3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ;
- en plan de sauvegarde (art. L.620-1 et s. C. com.), puisque cette procédure

est ouverte sur demande d'un débiteur qui n'est pas - encore - en cessation des paiements mais qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de sorte

que la réglementation n'édicte, en la matière, aucune interdiction ni restriction d'accès (ces entreprises pouvant alors candidater sans avoir à apporter de justification).

La société en redressement se trouve ainsi dans une situation intermédiaire, ni en liquidation ce qui lui interdirait de candidater, ni en plan de sauvegarde ou bénéficiaire d'un plan de redressement qui lui permettrait de participer sans condition particulière.

Condition de l'habilitation à poursuivre l'activité

C'est pour ces raisons, afin de rassurer l'acheteur sur la pérennité du candidat, que la participation des sociétés en redressement judiciaire se trouve conditionnée et même fortement encadrée.

En effet, conformément à l'article 8.3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (auquel renvoie le Code des marchés publics), « les personnes admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du

Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché ». Cela suppose que la société produise, soit un jugement ouvrant une période d'observation compatible avec la durée d'exécution du marché, soit un jugement validant un plan de redressement pérenne à l'issue de la période d'observation. A défaut, la candidature doit être écartée (CE, 10 novembre 2010, «Ministre de la Défense»,

...RELANCE.rouge-seule

n° 341132 ; TA Nice, 4 février 2014, «Soc. Carats», n° 1400165 ; TA Strasbourg, 18 février 2014, «Soc. Richert», n° 1400577) . Cette condition, certes compréhensible, réduit fortement les possibilités de participation des sociétés en redressement

puisque, pour les entreprises en période d'observation, rares sont les marchés d'une durée compatible avec ladite période, par définition limitée à 6 mois maximum (éventuellement renouvelable).

Redressement après l'expiration du délai de remise des offres

A cela s'ajoute le fait que les éventuelles évolutions en cours de procédure ne peuvent qu'être défavorables aux sociétés candidates. En effet, ainsi que vient de le rappeler le Conseil d'Etat, l'obligation pour les entreprises placées en redressement judiciaire de justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée d'exécution du marché, s'applique aussi dans l'hypothèse où l'entreprise a été placée en redressement après le dépôt des offres. L'acheteur public doit alors en être informé sans délai et ne peut régulièrement poursuivre la procédure avec cette société si celle-ci ne

produit pas l'ensemble des documents utiles (CE, 26 mars 2014, «Commune de Chaumont», n° 374387).

A l'inverse, la société en redressement ne peut se prévaloir, postérieurement à l'expiration du délai de remise des offres, de l'intervention d'une décision du juge accordant une période d'observation ou validant un plan de redressement compatibles avec la durée d'exécution du marché (CAA Versailles, 5 février 2009, «SEE Simeoni», n° 07VE02058 ; TA Nice, 4 février 2014, précité ; TA Strasbourg, 18 février 2014, précité). Etant précisé, évidemment, qu'aucune disposition n'impose à l'acheteur public d'adapter sa procédure de dévolution à la procédure collective, notamment en attendant une éventuelle acceptation d'un plan de redressement par l'autorité juridictionnelle compétente.

Conséquences sur la candidature en groupement

Précisons enfin, au titre des éléments défavorables aux sociétés en redressement, que la non-justification d'une habilitation pendant la durée prévisible d'exécution du marché affecte, certes la candidature individuelle de l'entreprise, mais aussi celle du groupement dont elle serait membre. En effet, si une réponse ministérielle a pu relever qu'il convenait de faire une appréciation au cas par cas des conséquences de la présence dans le groupement d'un membre admis au redressement judiciaire – le tout en prenant en compte l'importance que joue ce membre, la possibilité qu'il soit remplacé par l'un de ses partenaires ou le principe de l'appréciation globale des capacités d'un groupement (rép. min. n° 677, JO Sénat du 8 janvier 1998) –, cette préconisation nous semble juridiquement inadaptée. Car, concrètement, si le principe est certes bien celui de l'appréciation globale des capacités technique, professionnelle et financière des membres d'un groupement, l'apprécia-

tion de la capacité juridique des opérateurs à candidater doit, elle, rester individuelle. A notre sens, un groupement ne peut avoir pour effet de permettre à un candidat, qui ne pourrait participer isolément, d'y répondre par le biais d'un groupement d'entreprises. Or, c'est précisément ce à quoi aboutirait l'acceptation, dans le cadre d'un groupement, d'une société en redressement n'ayant pas justifié être habilitée à poursuivre son activité, alors même, selon la formule jurisprudentielle, qu'un « groupement d'entreprises ne peut être déclaré attributaire d'un marché que si toutes les entreprises qui le composent ont préalablement été admises à présenter une offre » (CE 9 décembre 1987, «Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres», n° 70836 ; TA Nice, 30 novembre 2007, «Soc. Cari et autres», n° 0705932).

C'est d'ailleurs en ce sens que vient de se prononcer le tribunal administratif de Paris en jugeant qu'un « groupement d'entreprises ne peut présenter sa candidature que si toutes les entreprises qui le composent peuvent être admises à présenter leur candidature », le tout pour écarter, dans sa totalité, un groupement composé de trois entreprises, dont l'une d'entre elles seulement était en situation de redressement judiciaire avec une période d'observation incompatible avec la durée d'exécution du marché (TA Paris, 5 mai 2014, «Soc. Automedon», n° 1405939).

(1) Rép. min. n° 22037, JOAN Q. 8 février 1989, p. 827.

(2) Ajoutons, si l'on veut être parfaitement précis, qu'au-delà de la question de la participation même à un marché public, seules peuvent être signataires les sociétés bénéficiaires de certificats et attestations fiscales et sociales à jour ; situation en principe ouverte aux seules sociétés bénéficiant déjà d'un plan de redressement (cf. fiche de la DAJ sur l'accès des entreprises en difficultés aux marchés publics précisant que, s'agissant du « stade de l'attribution du marché », « seules les entreprises en redressement judiciaire bénéficiant d'un plan de redressement pourront se voir attribuer un marché » ; cf. également instruction n° 12-005-MO du 26 janvier 2012 NOR : BCR Z 12 00007 J).

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Pour candidater, à titre individuel ou en groupement, à une procédure d'attribution de marchés publics, l'entreprise en redressement judiciaire (ou qui le devient en cours de procédure) doit justifier qu'elle a été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.
- A cet effet, doit notamment être produit, pour les sociétés en période d'observation, le jugement du tribunal de

commerce autorisant l'ouverture d'une période d'observation compatible avec la durée du contrat. A défaut, la candidature de l'entreprise (ou celle du groupement) se trouve affectée d'une interdiction de soumissionner et doit être écartée. Cette situation ne peut être régularisée par la production d'une éventuelle décision juridictionnelle autorisant, postérieurement à l'expiration du délai de remise des offres, la poursuite de l'activité de la structure.

- Ce faisant, si l'objectif de la réglementation est d'établir un équilibre entre la nécessité d'aider les entreprises en difficultés en leur laissant la possibilité de candidater à l'attribution de marchés publics et celle de pouvoir mener à bien l'exécution de ces contrats, force est de constater que l'équilibre aujourd'hui trouvé s'avère quelque peu favorable à l'acheteur au détriment des entreprises.