

## Marchés publics

**[Jurisprudence] La durée d'apurement du passif prévue dans un plan de redressement judiciaire d'une société candidate est sans influence sur l'appréciation par l'acheteur de sa capacité à exécuter le marché**

N° Lexbase : N7630BXU



par Nicolas Keravel, Avocat au barreau de Paris, Symchowicz-Weissberg &amp; Associés

Réf.:CE 2° et 7° ch.-r., 25 janvier 2019, n° 421844, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A3232YUA](#))

Interdiction de soumissionner (art. 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015) - Preuves de ce qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction -

Par une décision du 25 janvier 2019 qui sera mentionnée aux tables du recueil Lebon, le Conseil d'Etat vient apporter d'utiles précisions sur les conditions d'application de l'article 45 3° c) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics ([N° Lexbase : L9077KBS](#)) [1], en présence d'une société faisant l'objet d'un plan de redressement judiciaire.

Le 16 mai 2018, la collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy a attribué à la société X un marché public global de performance en vue d'assurer la conception, la réalisation et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit sur son territoire. Candidate évincée, la société Y a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Saint-Barthélemy qui, par une ordonnance n° 1800010 du 13 juin 2018 ([N° Lexbase : A7607X37](#)), a prononcé l'annulation de la procédure au motif que la collectivité avait retenu, à tort, l'offre irrégulière de la société X qui faisait alors l'objet d'un plan de redressement judiciaire, arrêté par un jugement du tribunal de commerce de Point-à-Pitre du 4 novembre 2010 et modifié par un jugement du 1er mars 2018.

Saisi du pourvoi formé par cette dernière, le Conseil d'Etat prononce l'annulation de l'ordonnance et rejette les conclusions incidentes formées par la société évincée au motif que la candidature de la société X n'était pas irrégulière dès lors que cette société justifiait bien d'une habilitation à poursuivre son activité et ce quand bien même la durée d'exécution du marché excédait la durée d'apurement du passif prévu dans son plan de redressement. Le Conseil d'Etat vient ce faisant, d'une part, rappeler les obligations incombant à tout candidat dans la justification de ses capacités au stade de l'analyse des candidatures (I) et, d'autre part, préciser le champ et les conditions d'application de l'interdiction de soumissionner prévue à 45 3° c) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, pour les sociétés faisant l'objet d'un plan de redressement judiciaire (II).

**I - Sur les justifications à produire par un candidat au stade de l'analyse des candidatures**

En premier lieu, le Conseil d'Etat rappelle qu'un candidat à l'attribution d'un marché public n'a pas à fournir dans son dossier de candidature, en dehors de l'hypothèse d'un appel d'offres restreint, d'autres éléments que ceux prévus à l'article 48 du décret «marchés publics» (décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 [N° Lexbase : L3006K7H](#)) et notamment, en l'espèce, les jugements du Tribunal de commerce pour prouver qu'il était en capacité d'exécuter le marché.

En effet, le Conseil d'Etat annule l'ordonnance du juge du référé précontractuel au motif que ce dernier a commis une erreur de droit en considérant que le dossier de candidature de la société attributaire était incomplet faute de comporter les jugements du tribunal de commerce de nature à justifier que la société ne faisait pas l'objet de l'interdiction de soumissionner prévue à l'article 45 3° c) précité, et ce sans vérifier au préalable si l'acheteur avait décidé de limiter ou non le nombre des candidats à négocier.

Pour rappel, aux termes de l'article 48 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 [2], «*le candidat produit à l'appui de sa candidature [...] une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015*». L'acheteur est quant à lui tenu, conformément à l'article 55 II 3° du même décret [3], de vérifier ces informations «*au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue*» mais seulement lorsqu'il «*limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure*». Dans les autres hypothèses, «*l'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner*» (article 55 II 2°) [4]. Comme le relève Gilles Pellissier dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, les dispositions de l'ordonnance et du décret marchés publics précitées ont ainsi allégé les formalités imposées aux entreprises candidates dans l'élaboration de leur dossier de candidature, ces dernières n'étant désormais tenues de produire au stade de la remise des candidatures qu'une déclaration sur l'honneur et non plus l'ensemble des justificatifs précis, qui ne seront exigées par l'acheteur qu'au seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public [5]. Concrètement, une entreprise candidate admise à une procédure de redressement judiciaire n'a plus,

pour valablement prouver sa capacité à exécuter le marché au stade de l'analyse des candidatures, à produire dès ce stade les jugements du Tribunal de commerce correspondants, sauf dans l'hypothèse où l'acheteur aurait décidé de limiter le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure.

C'est en ce sens que le Conseil d'Etat énonce, à la lumière des dispositions du décret précitées et suivant sur ce point les conclusions du rapporteur public, que «*sauf lorsque l'acheteur décide de limiter le nombre des candidats admis à négocier, les preuves de ce qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner énumérés à l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui ne peuvent être exigées au stade du dépôt de dossiers de candidature, doivent seulement être apportées par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché public*». Sur ce fondement, le Conseil d'Etat prononce donc l'annulation de l'ordonnance et, réglant l'affaire au fond, relève, d'une part, que l'acheteur n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier et, d'autre part, que la société X avait bien adressé à la collectivité les jugements du tribunal de commerce en amont de la signature du marché.

## **II – La possibilité pour une société de se voir attribuer un marché dont la durée d'exécution excède la durée d'apurement du passif de son plan de redressement judiciaire**

En second lieu, le Conseil d'Etat considère qu'une société faisant l'objet d'un plan de redressement judiciaire peut être admise à candidater à un marché public et ce, même si la durée d'exécution du marché excède la durée d'apurement du passif prévu par ce plan de redressement.

Pour rappel, aux termes de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, «*sont exclues de la procédure de passation des marchés publics : [...] 3° Les personnes : [...] c) 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, et qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché*». La question posée ici était de savoir si la procédure de redressement judiciaire au sens de ces dispositions devait s'entendre comme recouvrant non seulement la période d'observation<sup>[6]</sup> ou également la période d'exécution du plan de redressement.

A cet égard, l'article L. 631-1 du Code de commerce ([N° Lexbase : L3381Cg](#)) précise que «*la procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation*». Le plan de redressement a ainsi vocation à succéder à la période d'observation, sauf si le tribunal estime dès ce stade que le redressement de l'entreprise est manifestement impossible auquel cas il prononce la liquidation judiciaire de l'entreprise (C. com., art. L. 631-15 [N° Lexbase : L3398ICT](#)). Durant l'exécution du plan de redressement, l'entreprise est de nouveau considérée comme in bonis, le débiteur retrouvant ainsi ses pouvoirs sous réserves des prérogatives de l'administrateur et du mandataire (C. com., art. L. 626-24 [N° Lexbase : L3300Cg](#)) ainsi que du commissaire à l'exécution du plan chargé de veiller à l'exécution du plan (C. com., art. L. 626-25 [N° Lexbase : L2752LBK](#)).

C'est à la lumière de ces dispositions que la société requérante soutenait que la procédure de redressement judiciaire au sens de l'article 45 3° c) précité se limitait à la période d'observation et que la situation d'une société au stade de l'exécution du plan de redressement ne justifiait pas ou plus qu'elle soit assujettie à l'obligation de justifier son habilitation à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Pour autant, comme le relève justement le rapporteur public Gilles Pellissier, il est acquis que le plan de redressement judiciaire fait partie intégrante de la procédure de redressement judiciaire<sup>[7]</sup>, et que la fragilité économique d'une entreprise dans cette situation justifie que l'on exige d'elle une habilitation à poursuivre ses activités durant la durée d'exécution du plan de redressement. La Cour administrative d'appel de Bordeaux avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de raisonner en ce sens en exigeant d'une société pour laquelle un plan de redressement avait été arrêté en amont de l'attribution d'un marché public, la preuve de son habilitation à poursuivre son activité<sup>[8]</sup>.

En l'espèce, le Conseil d'Etat confirme l'application des dispositions de l'article 45 3° c) aux sociétés faisant l'objet d'un plan de redressement judiciaire sans toutefois assimiler complètement leur situation à celles des sociétés placées en période d'observation.

En effet, d'une part, examinant la recevabilité de la candidature de la société requérante au regard des dispositions de l'article 45 3° c), le Conseil d'Etat juge que la circonstance qu'une société ne soit plus en période d'observation mais exécute un plan de redressement ne suffit pas à la faire échapper, par principe, à l'interdiction de soumissionner prévue à l'article 45 3° c) si elle n'est pas en capacité de prouver son habilitation à poursuivre son activité.

Cependant, d'autre part, le Conseil d'Etat considère que «*la circonstance que le plan de redressement mis en place par ces jugements prévoyait l'apurement du passif sur une durée limitée et que la durée d'exécution du marché excédait, en l'espèce, la durée d'apurement du passif restant à courir était à cet égard sans incidence, le plan de redressement ne limitant pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise*». Ainsi, pour apprécier la capacité à poursuivre l'activité, le Conseil d'Etat ne prend pas en compte la durée d'apurement du passif dès lors que le plan de redressement ne limite pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise à l'inverse de son appréciation concernant les sociétés placées sous période d'observation. En effet, pour ces dernières, dès lors que la période d'exécution du marché excède la période d'observation, la société doit être regardée comme n'étant pas habilitée à poursuivre son activité<sup>[9]</sup>.

Cette distinction se justifie par le fait que la situation d'une société faisant l'objet d'un plan de redressement n'est évidemment pas la même que celle de la société encore placée sous observation, le plan de redressement «*n'étant* pas uniquement un plan d'apurement du passif» en ce qu'il

a également pour fonction de permettre «*la poursuite de l'activité économique de l'entreprise de façon durable et dans la mesure du possible son développement*» [\[10\]](#). De sorte qu'il n'apparaît pas illogique de considérer qu'une société faisant l'objet d'un plan de redressement puisse être regardée comme habilitée à poursuivre son activité même au-delà de la période d'apurement du passif prévu par le plan. La solution inverse serait même, d'une certaine manière, contraire à l'esprit du plan de redressement car elle aurait nécessairement pour effet d'empêcher la société intéressée de garantir de cette façon, à travers son activité pour le compte de l'acheteur, une activité économique durable, allant au-delà de la période d'apurement du passif. Par ailleurs, du point de vue de l'acheteur, que la durée du marché excède ou non la durée d'apurement du passif, l'attribution d'un marché à une société faisant l'objet d'un plan de redressement présentera toujours un certain risque économique.

---

[\[1\]](#) Dispositions transposées à l'article L. 2143-3 3° du Code de la commande publique (CCP) qui auront vocation à s'appliquer aux marchés publics pour lesquels une consultation ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1er avril 2019 conformément à l'article 20 de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, portant partie législative du code de la commande publique ([N° Lexbase : L0938LN3](#)).

[\[2\]](#) Adde CCP, art. R. 2143-3.

[\[3\]](#) Adde CCP, art. R. 2144-5.

[\[4\]](#) Adde CCP, Art. R. 2144-4.

[\[5\]](#) V. *contra* sous l'empire des anciennes dispositions : CAA Bordeaux, 1er décembre 2016, n° 14BX01718 ([N° Lexbase : A9952SNW](#)), Contrats-Marchés publ. n° 2, févr. 2017, comm. 42, obs. Hoepffner: «*Il est constant que la société requérante, qui a indiqué à tort dans le formulaire de déclaration de candidature qu'elle avait rempli qu'elle ne faisait pas l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, n'a pas produit ce jugement avec son dossier de candidature. Par suite, le dossier de candidature de la société était incomplet et le pouvoir adjudicateur aurait été tenu d'écarter son offre qui était irrégulière*».

[\[6\]](#) Dont l'application ne fait aucun doute : v. par ex. CE, 10 novembre 2010, n° 341132, aux Tables ([N° Lexbase : A8948GGI](#)) ; CAA Nancy, 28 novembre 2013, n° 13NC00967 ([N° Lexbase : A2880MII](#)).

[\[7\]](#) V. en ce sens la jurisprudence citée par le rapporteur public : Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-21306, FS-P+B+R ([N° Lexbase : A4155D7Z](#)), Bull. civ. IV, 2008, n° 65.

[\[8\]](#) CAA Bordeaux, 1er décembre 2016, n° 14BX01718 ([N° Lexbase : A9952SNW](#)).

[\[9\]](#) V. par ex. CE, 10 novembre 2010, n° 341132, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A8948GGI](#)) : «*Le tribunal de commerce de Cayenne a fixé au 23 mars 2010 la fin de la période d'observation de la société [X] alors que les travaux prévus au marché litigieux devaient débiter au mois de juin 2010, soit après la fin de la période d'observation; qu'il suit de là que la société [X], [...] n'était pas recevable à soumissionner au marché litigieux*».

[\[10\]](#) CA Bordeaux 25 juin 2008, n° 07/05273 ([N° Lexbase : A5046ECU](#)), obs. J. Vallansan, *Plan d'apurement et plan de redressement*, JCP éd. E 2008, 2435, p. 29.