

[Jurisprudence] Le plan de cession arrêté dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ne permet pas à l'entreprise cessionnaire de substituer, après la date limite de réception des offres, sa candidature à celle de l'entreprise cédante

N1327BYS



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

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 21 octobre 2019, n° 416616, inédit au recueil Lebon ([N° Lexbase : A9736ZRZ](#))

Par une décision du 21 octobre 2019, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de venir une nouvelle fois réaffirmer les modalités d'appréciation des candidatures d'une entreprise placée en redressement judiciaire, procédure ouverte cette fois non pas en amont de la procédure de passation mais après la date limite de réception des offres, et préciser les possibilités pour une entreprise jugée incapable à exécuter le marché de régulariser sa candidature.

Une entreprise X, a été déclarée attributaire d'un marché public de travaux alors qu'elle avait été placée en redressement judiciaire après la date limite de réception des offres. Saisi d'une requête en référé précontractuel, le juge administratif a annulé l'attribution du marché en considérant que la société attributaire ne disposait pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché [1]. Saisi une première fois dans cette affaire, le Conseil d'Etat a confirmé l'analyse du juge des référés [2].

A la suite de cette annulation, la commune a alors invité les candidats à produire toutes pièces ou informations complémentaires relatives à leur candidature pour permettre à la commission d'appel d'offres d'apprécier leurs capacités et des évolutions de leur situation juridique. La société Y, cessionnaire de la société X, dont le plan de cession avait été validé auparavant par le tribunal de commerce, a alors profité de cette demande pour candidater à l'attribution du marché litigieux en lieu et place de l'entreprise cédante et finira par être déclarée attributaire. L'entreprise évincée a contesté de nouveau l'attribution du marché, devant le juge des référés précontractuels d'abord puis, déboutée par ce dernier, devant les juges du fond par le biais d'un recours en contestation de validité du contrat. Cette requête a d'abord été rejetée par le tribunal administratif [3], jugement qui sera ensuite censuré par la cour administrative d'appel qui a prononcé l'annulation du contrat attribué et condamné la commune à une lourde indemnité au titre des préjudices subis par la société requérante [4].

Saisi du pourvoi formé par la commune, le Conseil d'Etat a validé le raisonnement de la cour administrative d'appel sur l'irrégularité commise par la commune dans l'attribution du marché, mais a invalidé les conséquences tirées par les juges d'appel sur le sort du contrat, l'arrêt d'appel ayant été censuré uniquement en ce qu'il a prononcé l'annulation du contrat conclu entre la commune et l'entreprise cessionnaire. Le Conseil d'Etat vient ce faisant, d'une part, réaffirmer et préciser les conditions de présentation et d'analyse d'une candidature d'une société placée en redressement judiciaire dans l'hypothèse particulière où l'ouverture de la procédure collective est intervenue après la date limite de réception des offres (I) et, d'autre part, rappeler les modalités de régularisation pouvant être offertes par l'acheteur aux candidats (II).

I - La démonstration et l'appréciation de la capacité d'une entreprise placée en redressement judiciaire à exécuter un marché

En premier lieu, le Conseil d'Etat rappelle les obligations incombant à un candidat placé en redressement judiciaire pour démontrer sa capacité à exécuter le marché.

D'une manière générale d'abord, le Conseil d'Etat rappelle que *«les entreprises placées en redressement judiciaire sont tenues de justifier, lors du dépôt de leur offre, qu'elles sont habilitées, par le jugement prononçant leur placement dans cette situation, à poursuivre leurs activités pendant la durée d'exécution du marché »*.

En effet, à la différence d'une liquidation judiciaire, automatiquement disqualifiante pour l'attribution d'un marché public [5], le droit de la commande publique n'exclut la possibilité pour les entreprises faisant l'objet d'une procédure redressement judiciaire de candidater à l'attribution d'un marché public que si *«elles ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché»* [6]. A ce titre, le Conseil d'Etat a récemment jugé que la durée d'apurement du passif prévue dans le plan de redressement judiciaire était sans influence sur l'appréciation de la capacité de l'entreprise à exécuter le marché, de sorte que la durée d'exécution du marché pouvait excéder la durée d'apurement du plan, ce dernier ne limitant pas dans le temps la poursuite de l'activité par l'entreprise [7]. En revanche, une entreprise en période d'observation, c'est-à-dire faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire mais n'ayant pas -encore- fait l'objet d'un plan de redressement ne peut être regardée comme habilitée à poursuivre l'exécution du marché au-delà de cette période d'observation [8].

Ensuite, dans l'hypothèse particulière où l'entreprise a été placée en redressement judiciaire après la date limite fixée pour le dépôt des offres, le Conseil d'Etat rappelle, dans le prolongement de sa première décision dans cette affaire [9], que l'entreprise *«doit en informer sans délai le pouvoir adjudicateur, lequel doit alors vérifier si l'entreprise est autorisée à poursuivre son activité au-delà de la durée d'exécution du marché et apprécier si sa candidature reste recevable. Dans la négative, le pouvoir adjudicateur ne peut poursuivre la procédure avec cette société»*.

Cette obligation, mise ainsi à la charge du candidat, paraît de prime abord légèrement excéder le cadre strict des obligations posées par le droit de la commande publique. L'article L. 2141-12 du Code de la commande publique (**N° Lexbase : L4495LRW**) impose en effet à l'opérateur économique placé *«au cours de la procédure de passation [...] dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, [d'en informer] sans délai l'acheteur»* qui doit l'exclure de la procédure de passation pour ce motif. Or, comme on l'a vu, une entreprise placée en redressement judiciaire ne se retrouve pas *ispo facto* placée dans un cas d'exclusion automatique de la procédure.

Pour autant, une entreprise placée en procédure de redressement judiciaire ne peut être déclarée en capacité d'exécuter un marché que si elle justifie, comme le précise l'article L. 2141-3 du même code (**N° Lexbase : L8352LQE**), avoir été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée du marché. Or, ce devoir de justification ne se limite pas, du point de vue du candidat, à la période antérieure à la date limite de réception des offres dès lors que l'article L. 2141-12 précité oblige précisément le soumissionnaire -c'est-à-dire celui qui a remis une offre- à informer l'acheteur de tout changement de situation qui la ferait entrer dans le champ des exclusions de plein droit de la procédure de passation. Par ailleurs, du point de vue de l'acheteur, cette obligation pesant sur le soumissionnaire peut se justifier, d'une part, par le fait qu'il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur, qui a demandé aux candidats les documents qu'il pouvait légalement exiger d'eux, de n'avoir pas tenu compte d'un élément affectant la recevabilité d'une offre ou d'une candidature qui est apparu postérieurement à la remise des offres et qui n'a pas été portée à sa connaissance [10] et, d'autre part, que l'attribution d'un marché sur le fondement de renseignements erronés au moment où le juge administratif statue méconnaît naturellement l'égalité de traitement [11]. Raison pour laquelle, le Conseil d'Etat conclut sur ce point en considérant que *«lorsqu'il est soutenu devant lui que le placement en redressement judiciaire de l'entreprise, y compris lorsqu'il est intervenu après le dépôt de son offre, affecte la recevabilité de sa candidature, il appartient au juge d'apprécier si cette candidature est recevable et d'annuler, le cas échéant, la procédure au terme de laquelle l'offre de l'entreprise aurait été retenue par le pouvoir adjudicateur»*.

L'obligation d'information mise à la charge du soumissionnaire est ainsi une précaution heureuse pour éviter d'exposer l'acheteur à des risques d'annulation de sa procédure, ce d'autant plus qu'il apparaît délicat -pour ne pas dire impossible- pour l'acheteur d'obtenir du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché une attestation qui certifie que ce dernier ne fait pas l'objet d'une procédure de redressement judiciaire incompatible avec l'exécution dudit marché [12].

II - Le recours encadré aux régularisations des candidatures en cours de procédure

En second lieu, le Conseil d'Etat rappelle que la faculté offerte à un acheteur de permettre aux candidats de compléter leur candidature ne permet pas à un opérateur tiers de se substituer à un opérateur

défaillant.

Ainsi, le Conseil d'Etat rappelle que *«la faculté offerte par le pouvoir adjudicateur aux candidats de compléter leur candidature [...] a pour seul objet de permettre aux candidats de compléter leur dossier avant l'examen des candidatures dans le cas où des pièces seraient absentes ou incomplètes»*. Ce dispositif repris à l'article R. 2144-2 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L4784LRM](#)) permet en effet à l'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de candidature sont absentes ou incomplètes de demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. Une telle procédure ne saurait, comme le précise selon le Conseil d'Etat, *«avoir pour effet de permettre à un opérateur économique qui reprend une partie des actifs d'un candidat dont la candidature avait été regardée comme ne présentant pas les capacités suffisantes pour exécuter le marché et qui a été placé en liquidation judiciaire à la suite d'un plan de cession, de participer à la procédure de passation d'un marché public alors qu'il n'avait pas lui-même présenté sa candidature»*.

L'on sait d'abord, de manière générale, que la substitution d'un opérateur défaillant et incapable par un opérateur viable après la date de limite de réception des offres est problématique du point de vue de l'égalité de traitement des opérateurs. La Cour de justice de l'Union européenne a, à cet égard, déjà eu l'occasion d'ériger un principe d'intangibilité des candidatures et des offres, principe selon lequel l'acheteur est nécessairement amené à vérifier la conformité des offres présentées par les soumissionnaires déjà sélectionnés, ce qui suppose donc une identité entre les opérateurs présélectionnés et les opérateurs qui présentent les offres [\[13\]](#), et donc l'impossibilité pour un opérateur de se substituer à un autre après l'analyse des candidatures. Pour autant, la Cour de justice n'avait cependant pas exclu toute possibilité de substitution en cours de procédure d'un opérateur par une autre, pourvu que ce changement n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires.

En l'espèce, la possibilité offerte aux candidats de compléter leur candidature en amont de la vérification de celle-ci ne recouvre pas exactement la même situation puisqu'il ne s'agit pas encore ici de l'analyse des offres. Pour autant, la logique demeure peu ou prou la même dès lors que le Conseil d'Etat énonce que la procédure de régularisation ne saurait avoir pour effet de permettre à un opérateur économique *«de participer à la procédure de passation d'un marché public alors qu'il n'avait pas lui-même présenté sa candidature»*. La Haute juridiction vient limiter, ce faisant, les possibilités pour un tiers d'entrer dans le jeu de la procédure postérieurement à la date limite de réception des offres, en amont ou après l'analyse des candidatures, mais sans prévoir ici d'hypothèses dérogatoires.

Ensuite, cette limite posée est appréciée strictement et logiquement à l'égard d'une entreprise cessionnaire d'un plan de cession. Comme l'explique très clairement Gilles Pellissier dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, l'entreprise cessionnaire ne peut se prévaloir d'aucun droit à la succession de l'entreprise cédante et désormais en liquidation judiciaire dans le cadre de la procédure de passation pendante d'un marché public [\[14\]](#). De fait, si l'acte de candidature dans les formes et délais prescrits par l'acheteur constitue une exigence et condition préalable à l'analyse d'une offre et à l'attribution d'un marché, elle ne constitue pas un actif transmissible dans le cadre d'un plan de cession -à l'inverse de la situation dans laquelle une entreprise cessionnaire peut reprendre à son compte l'exécution d'un marché public dont était titulaire la société cédante-. Relevons par ailleurs qu'il ne saurait en être autrement dès lors qu'une entreprise candidate qui se retrouve dans un cas d'exclusion prévue est immédiatement et définitivement éliminée de la procédure de passation en cause. C'est précisément le cas en l'espèce : l'entreprise X ayant fait l'objet, à la suite de la validation de son plan de cession par le tribunal de commerce, d'une liquidation judiciaire, elle s'est retrouvée dès cet instant exclue de la procédure de passation. Par conséquent, la société cessionnaire ne pouvait régulièrement présenter sa candidature en lieu et place d'une société qui était déjà exclue de la procédure. Etant dès lors tierce vis-à-vis de la société cédante, la société cessionnaire ne pouvait faute d'avoir présenté sa candidature dans les formes et délais prévues par les documents de la consultation se voir attribuer le marché litigieux.

[\[1\]](#) TA Châlons-en-Champagne, 19 décembre 2013, n° 1302133 ([N° Lexbase : A5473Z34](#)).

[\[2\]](#) CE, 26 mars 2014, n° 374387, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A2310MIE](#)).

[\[3\]](#) TA Châlons-en-Champagne, 14 avril 2016, n° 1401765.

[\[4\]](#) CAA Nancy, 17 octobre 2017, n° 16NC01223 ([N° Lexbase : A5037WWH](#)).

[5] C. com. pub., art. L. 2141-2 1° ([N° Lexbase : L7144IQN](#)) -reprenant en substance les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ([N° Lexbase : L8429G8P](#)), ainsi que celles de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ([N° Lexbase : L9077KBS](#)).

[6] C. com. pub., art. L. 2141-2 3°.

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

[8] V. par ex. CE, 10 novembre 2010, n° 341132, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A8948GGI](#)).

[9] CE, 26 mars 2014, n° 374387, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A2310MIE](#)) ; v. également pour une application de cette solution, TA Grenoble, 4 juillet 2016, n° 1603328.

[10] V. à ce sujet : conclusions G. Pellissier sur CE, 26 mars 2014, n° 374387, mentionné aux tables du recueil Lebon, préc..

[11] V. notamment sur l'office du juge, conclusions D. Casas sur CE, 28 avril 2006, n° 286443, mentionné aux tables du recueil Lebon sur ce point ([N° Lexbase : A2025DPP](#)), et citées par G. Pellissier dans ses conclusions précitées.

[12] C. com. pub., art. R. 2144-4 ([N° Lexbase : L4782LRK](#)).

[13] CJUE, 24 mai 2016, aff. C-396/14 ([N° Lexbase : A1675RQ4](#)).

[14] « Cette cession, c'est l'objectif que lui assigne l'article L. 642-1 du Code de commerce ([N° Lexbase : L4555I4H](#)), doit certes permettre 'le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés'. Mais si elle peut avoir notamment pour effet de céder les marchés dont l'entreprise serait déjà titulaire afin d'en poursuivre l'exécution[...] elle ne saurait avoir pour effet de substituer automatiquement cette nouvelle société à l'ancienne dans les procédures d'attribution de futurs marchés. Une candidature n'est ni contrat ni un élément d'actif cédé».

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable

