

Rejet irrégulier de l'offre de l'entreprise dont le plan de redressement judiciaire prévoit une durée d'apurement du passif inférieure à la durée du marché

CE 25 janvier 2019, Société Dauphin Télécom, n°421844

Le Conseil d'Etat pose la règle selon laquelle l'offre de l'entreprise dont le plan de redressement judiciaire prévoit une durée d'apurement du passif inférieure à la durée du marché ne peut pas être exclue de la procédure de mise en concurrence.

Le Conseil d'Etat précise également que dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation, dans l'hypothèse où l'acheteur n'a pas limité le nombre de candidats admis à participer à la procédure, la vérification des interdictions de soumissionner peut intervenir à tout moment et au plus tard avant l'attribution du marché auprès du seul candidat auquel l'acheteur envisage d'attribuer le marché.

Règle n°1 : L'offre de l'entreprise dont le plan de redressement judiciaire prévoit une durée d'apurement du passif inférieure à la durée du marché ne peut pas être exclue de la procédure

Le plan de redressement est au nombre des modalités du redressement judiciaire d'une entreprise en difficulté dès lors que l'article R 631-43 du code de commerce prévoit que la clôture de la procédure judiciaire intervient uniquement au terme de l'exécution du plan de redressement. Dans un arrêt du 1^{er} décembre 2016, Sté entreprise du Bâtiment Dus, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a d'ailleurs déjà eu l'occasion de rappeler que le plan de redressement fait partie intégrante de la procédure de redressement judiciaire (CAA Bordeaux, 1^{er} décembre 2016, Sté entreprise du Bâtiment Dus, req.n°14BX01718)

Dès lors que le plan de redressement fait partie intégrante de la procédure de redressement judiciaire, il appartient en principe à l'entreprise placée dans une telle situation de démontrer qu'elle est habilitée à poursuivre son activité pendant au moins toute la durée de l'exécution du marché. L'article 45.3°c) de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics indique en effet que sont obligatoirement exclues de la procédure de passation les candidats admis à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L 631-1 du code de commerce qui ne justifie pas avoir été habilité à poursuivre leurs activités pendant toute la durée d'exécution du marché.

La jurisprudence du Conseil d'Etat était jusqu'à ce jour constante sur le caractère automatique de cette exclusion (CE 26 mars 2014, Commune de Chaumont, req.n°374387, CE 10 novembre 2010, Ministre de la Défense, req.n°341132).

Néanmoins, au cas présent, le Conseil d'Etat décide d'opérer un revirement de jurisprudence en considérant que l'offre d'un candidat dont le plan de redressement judiciaire prévoit une durée d'apurement du passif inférieure à la durée du marché ne peut pas être exclue de la procédure. La haute juridiction motive sa décision en considérant que le plan de redressement ne limitait pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise (on notera le caractère quelque peu surprenant de cette motivation puisqu'un plan de redressement qui a pour objet d'apurer le passif d'une société ne peut pas, par définition, avoir pour objet de limiter dans le temps la poursuite de l'activité d'une entreprise.....). En tout état de cause, il faut comprendre de cet arrêt que toute entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement judiciaire ne peut pas voir son offre exclue de la procédure quand bien même la durée du plan de redressement judiciaire aurait une durée inférieure à la durée du marché.

Cette solution a pour objet de rendre lettre morte l'interdiction de soumissionner visée à l'article 45.3°c) de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Mais surtout elle présente un danger non négligeable. En effet, que se passera-t-il si l'entreprise se trouve dans l'incapacité d'apurer ses dettes au terme du plan de redressement quand bien même le plan de redressement ne limitait pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise ?

En effet, il faut rappeler que l'arrêt du plan de redressement ouvre une nouvelle phase de la procédure de redressement judiciaire qui s'achève, soit par la liquidation de l'entreprise, soit par l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce en application de l'article R 631-43 du code de commerce.

Il en résulte que la durée du plan de redressement doit être compatible avec la durée du marché, autrement dit, qu'elle ne doit pas être inférieure à la durée du marché afin d'éviter tout risque de défaillance et/ou de disparition de la société avant le terme du marché.

Le Conseil d'Etat propose néanmoins une solution différente aux risques et périls des acheteurs publics.

Règle n°2 : Le stade de la procédure où l'acheteur doit vérifier les conditions de participation dans le cadre d'une PCN sans limitation du nombre de candidats admis à participer à la procédure

Pour rappel, la procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un acheteur peut négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Elle peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 25-II du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Conformément à l'article 47 du décret, l'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à négocier. Dans ce cas, Ce nombre minimal est de trois Si le nombre de candidats satisfaisant aux critères annoncés n'atteint pas ce minimum, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises.

L'intérêt de l'arrêt réside dans le rappel de la règle selon laquelle si l'acheteur n'a pas limité le nombre de candidats admis à participer à la procédure, alors la vérification des interdictions de soumissionner peut intervenir à tout moment et au plus tard avant l'attribution du marché et auprès du seul candidat auquel l'acheteur envisage d'attribuer le marché.

Le II de l'article 55 du décret n° 2016-360 prévoit en effet que la vérification des conditions de participation peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public en précisant que lorsque l'acheteur décide de limiter le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, cette vérification doit alors intervenir au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

En conséquence, en procédure restreinte comme la procédure concurrentielle avec négociation, le moment auquel il convient de procéder à la vérification des conditions de participation diffère selon que l'acheteur a, ou non, déterminé un nombre maximum de candidats qui seront admis à participer à la suite de la procédure.

Si l'acheteur n'a pas fixé de nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, la vérification est effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public auprès du seul candidat auquel l'acheteur envisage d'attribuer le marché.

En revanche, si l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, cette vérification doit intervenir au plus tard avant l'envoi de l'invitation à participer aux négociations ou à soumissionner. Cette règle particulière s'explique par la nécessité de ne s'assurer qu'aucun des candidats admis à participer à la suite de la procédure s'avère, au final, ne pas présenter les conditions de participation qu'il avait annoncées.

CE 25 janvier 2019, Société Dauphin Télécom, n°421844

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes du I de l'article L. 55 1-2 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* ».

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Saint-Barthélemy que, par une décision du 16 mai 2018, la collectivité de Saint-Barthélemy a attribué à la société Dauphin Télécom un marché public global de performance en vue d'assurer la conception, la réalisation et l'exploitation du réseau de communications électroniques à très haut débit de son territoire. Par une ordonnance du 13 juin 2018, le juge du référé précontractuel, saisi par la société net, a annulé la procédure de passation de ce marché et rejeté les conclusions de cette société tendant à ce qu'il soit enjoint à la collectivité de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres.
3. Aux termes de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *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, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public* ».
4. Aux termes du I de l'article 48 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *Le candidat produit à l'appui de*

sa candidature : / 1° 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 susvisée (...) ». Aux termes du IV de l'article 51 de ce décret : « L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, la production d'un extrait du registre pertinent, tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement du candidat, attestant de l'absence de cas d'exclusion. / Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, le candidat produit la copie du ou des jugements prononcés ». Le II de l'article 55 du même décret dispose que : « L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions suivantes : 1° La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public ; / 2° 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 ; / 3° Toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, ces vérifications interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue ». Il résulte de ces dispositions 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 des dossiers de candidature, doivent seulement être apportées par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché public.

5. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel qu'à la suite d'une déclaration de cessation de paiement, le tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre a, par un jugement du 25 juin 2009, ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Dauphin Télécom ; que, par un jugement du 4 novembre 2010, ce tribunal a arrêté un plan de redressement pour une durée de neuf ans, portée à dix ans par un jugement du 3 décembre 2015, et que, par un jugement du 1^{er} mars 2018, il a modifié une nouvelle fois ce plan.
6. Pour prononcer l'annulation de la procédure, le juge du référé précontractuel, qui n'a pas relevé que la collectivité de Saint-Barthélemy aurait décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, a jugé que le dossier de candidature de la société Dauphin Télécom était incomplet, faute de contenir les jugements mentionnés au point précédent. Il résulte de ce qui a été dit au point 4 qu'il a ainsi commis une erreur de droit. La société Dauphin Télécom est dès lors fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée. Par suite, les conclusions du pourvoi incident formé par la société Solutech.net sont devenues sans objet. Il n'y a dès lors plus lieu d'y statuer.
7. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.
8. En premier lieu, aux termes du II de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 : « Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. / Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle mentionne également la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect des dispositions du I de l'article 101. / A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : / 1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ; / 2° Lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ». Il résulte de l'instruction que la collectivité de Saint-Barthélemy a communiqué à la société Solutech.net, en même temps que la notification du rejet de son offre, le détail de ses notes et de celles de la société Dauphin Télécom et qu'elle a répondu, par une lettre du 4 juin 2018, à son courriel du 22 mai précédent en lui fournissant des précisions complémentaires sur les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue. Par suite, la société Solutech.net n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas été suffisamment informée des motifs du rejet de son offre ni que les dispositions de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 ont été méconnues.
9. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction, en particulier des extraits du rapport d'analyse des offres produits par la collectivité de Saint-Barthélemy, que celle-ci a procédé à la vérification des capacités techniques et financières de la société Dauphin Télécom. Par suite, le moyen tiré de ce que la collectivité aurait méconnu les dispositions du II de l'article 55 du décret du 25 mars 2016 en s'abstenant de vérifier les capacités techniques et financières de l'entreprise attributaire du marché doit être écarté. En outre, il ne résulte pas de l'instruction que son appréciation sur les capacités financières de la société serait entachée d'une erreur manifeste.
10. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que la société Dauphin Télécom a fait l'objet, ainsi qu'il a été dit, d'une procédure de redressement judiciaire ouverte le 25 juin 2009 et qu'à l'issue d'une période d'observation, un plan de redressement prévoyant un apurement du passif sur une durée de neuf ans a été arrêté par un jugement du 4 novembre 2010 du tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre, durée ultérieurement portée à dix ans par d'autres. S'il résulte des dispositions combinées de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des articles 51 et 55 du décret du 25 mars 2016, citées aux points 3 et 4, qu'il lui incombait, pour que le marché puisse lui être attribué, de produire une copie des

jugements mentionnés au point 5, la collectivité de Saint-Barthélemy ne pouvait, ainsi qu'il a été dit au point 4, exiger la production des ces justifications en même temps que le dépôt de sa candidature. Dès lors qu'il résulte par ailleurs de l'instruction qu'elle n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, elle n'a entaché la procédure d'aucune irrégularité en n'écartant pas la candidature de la société Dauphin Télécom au motif que son dossier de candidature aurait été incomplet et en se bornant à exiger que la société produise les jugements en cause après que son offre eut été retenue.

11. ***En quatrième lieu, il résulte de l'instruction que, en réponse à la notification de l'attribution du marché et aux demandes de la collectivité de Saint-Barthélemy, la société a adressé à la collectivité les jugements déjà mentionnés. 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. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le marché ne pouvait être attribué à la société Dauphin Télécom au motif qu'elle se serait trouvée dans le cas d'interdiction prévu par le c) du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être écarté.***

12. En cinquième lieu, il résulte de l'instruction que le jugement du 4 novembre 2010 du tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre arrêtant le plan de redressement de la société Dauphin Télécom a mis fin à la période d'observation et au mandat de l'administrateur judiciaire de cette société. Le moyen tiré de ce que l'offre de cette société serait irrégulière faute d'avoir été signée par un administrateur judiciaire ne peut par suite qu'être écarté.
13. Enfin, il ne résulte pas de l'instruction que les prestations d'assistance juridique au conventionnement avec les propriétaires en zones privées ou d'assistance juridique pour la commercialisation du réseau de communication, prévues respectivement aux articles 5.1.6 et 5.3.1 du cahier des clauses techniques particulières, comprennent des prestations de nature juridique ne pouvant, comme telles, être assurées que par des prestataires habilités au sens de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et Dès lors, le moyen tiré de ce que l'offre retenue méconnaîtrait la législation applicable et aurait dû, de ce fait, être rejetée comme irrégulière doit être écarté.
14. Il résulte de tout ce qui précède que la société net n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux.
15. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Solutech.net la somme de 4 000 euros à verser à la société Dauphin Télécom au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les dispositions de cet article font obstacle à ce que la somme que demande la société Solutech.net au même titre soit mise à la charge de la société Dauphin Télécom qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.