

FICHE 19

L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics

I. Qu'est ce qu'une entreprise en difficulté financière ?

I.1. L'entreprise en procédure de sauvegarde

Les articles L. 620-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de sauvegarde d'une entreprise.

Une telle procédure est ouverte sur demande d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Un débiteur est toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que toute personne morale de droit privé (article L 620-2).

Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal de commerce (si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale) ou le tribunal de grande instance arrête un plan par jugement motivé. Ce plan de sauvegarde est précédé d'une période d'observation et comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

Si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et que la clôture de la procédure conduirait de manière certaine à la cessation des paiements, le tribunal peut convertir la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire.

L'article L 628-1 du code de commerce institue une procédure de sauvegarde dite « accélérée » qui permet d'offrir au débiteur la possibilité de procéder à une réorganisation plus rapide de son entreprise. La sauvegarde accélérée doit respecter certaines conditions :

- elle ne peut être ouverte qu'à la demande de l'entreprise et celle-ci doit bénéficier d'une procédure de conciliation en cours,
- l'entreprise doit avoir élaboré un projet de plan avec ses principaux créanciers lors de la conciliation,
- l'entreprise peut être en cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure, à condition que cet état ne soit pas antérieur de plus de 45 jours à la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.

I.2. L'entreprise en redressement judiciaire

Les articles L. 631-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de redressement judiciaire. Une telle procédure est ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.

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.

La procédure de redressement commence par une période d'observation d'une durée maximale de 6 mois, renouvelable une fois et qui peut être exceptionnellement prolongée de 6 mois.

À l'issue de la période d'observation, lorsque l'entreprise a des chances d'être sauvée, le tribunal adopte un plan de redressement qui indique les mesures économiques de réorganisation de l'entreprise consistant en l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

1.3. L'entreprise en liquidation judiciaire

Les articles L. 640-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de liquidation judiciaire. Une telle procédure est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure.

1.4. La faillite personnelle

Les articles L. 653-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de faillite. La faillite est une sanction qui peut être prononcée par le tribunal saisi de la procédure collective (redressement et liquidation judiciaire), à l'encontre d'une personne physique.

La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale.

1.5. L'entreprise en procédure de rétablissement professionnel

La procédure de rétablissement professionnel, prévue aux articles L 645-11 et suivants du code de commerce, est destinée aux entrepreneurs individuels, personnes physiques, qui n'ont pas de salarié et dont l'actif est inférieur à un certain seuil. Inspirée du rétablissement personnel des procédures de surendettement des particuliers, elle offre au débiteur la possibilité de bénéficier d'un effacement de ses dettes.

2. L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics

2.1. Le libre accès pour les entreprises en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel

Le code des marchés publics n'édicte aucune interdiction, ni restriction d'accès, aux entreprises admises en procédure de sauvegarde¹, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel.

1. Réponse ministérielle n° 18705, JO Sénat du 12 avril 2012, p. 927.

Ces entreprises peuvent donc librement candidater à un marché public et n'ont pas à produire de jugement à l'appui de leurs candidatures. L'acheteur public doit toutefois apprécier, comme pour les autres candidats, si ces entreprises disposent des capacités techniques, économiques et financières nécessaires pour exécuter le marché.

2.2. Les adaptations pour les entreprises en redressement judiciaire

2.2.1. Au stade de la sélection des candidatures

L'article 44 du code des marchés publics permet aux entreprises en redressement judiciaire de candidater à un marché public, à condition de produire, à l'appui de leur candidature, une copie du ou des jugements prononcés par le tribunal. Cette disposition permet à ces entreprises de poursuivre leur activité économique afin de leur laisser une chance de surmonter leurs difficultés, tout en permettant au pouvoir adjudicateur d'être informé de leur situation.

Conformément au 3° de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, les entreprises en redressement judiciaire doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Dans le cas où la durée du marché est supérieure à celle de la période d'observation définie par le juge, la candidature de l'entreprise devra être rejetée².

2.2.2. Au stade de l'attribution

Seules les entreprises en redressement judiciaire bénéficiant d'un plan de redressement pourront se voir attribuer un marché.

La lettre-circulaire n° 2008-54 du 24 juin 2008 de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale prévoit qu'une entreprise en redressement judiciaire peut obtenir l'attestation de régularité fiscale et sociale, lorsque la date à laquelle est appréciée la situation de l'entreprise se situe après l'adoption du plan de redressement de l'entreprise.

L'attestation pourra être délivrée si le plan de redressement est respecté, soit au 31 décembre de l'année précédent l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, soit à la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.

En effet, conformément aux termes de la même lettre-circulaire du 24 juin 2008, une entreprise en redressement judiciaire en cours de période d'observation ne peut être considérée en situation régulière au regard de ses obligations fiscales et sociales. Par conséquent, une telle entreprise ne pourra se voir délivrer une attestation de régularité fiscale et sociale conformément aux exigences posées à l'article 46 du code des marchés publics et ne pourra donc pas être attributaire d'un marché public.

2.2.3. Le cas particulier de l'entreprise placée en redressement judiciaire après le dépôt de sa candidature et de son offre, mais avant la signature du marché

Lorsqu'une entreprise candidate est placée en redressement judiciaire postérieurement au dépôt de sa candidature et de son offre mais antérieurement à la signature du marché,

2. CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la Défense*, n° 341132. V. également réponse ministérielle n° 55075, JOAN du 29 juillet 2014, p. 6474.

elle doit en informer sans délai le pouvoir adjudicateur et lui communiquer le jugement prononçant ce placement en redressement judiciaire.

Le pouvoir adjudicateur doit alors procéder de nouveau à l'examen de la candidature de cette entreprise pour vérifier qu'elle présente toujours les capacités financières suffisantes pour exécuter le marché et qu'elle a été habilitée à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Si, au terme de ce réexamen, la candidature de l'entreprise apparaît irrecevable, le pouvoir adjudicateur doit la rejeter, même s'il avait déjà procédé au classement des offres et choisit l'attributaire. Le Conseil d'Etat a jugé que l'absence d'élimination de l'entreprise constitue un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence par l'acheteur public³.

2.3. Le principe de l'interdiction pour les entreprises en liquidation judiciaire et en faillite personnelle

L'article 43 du code des marchés publics interdit aux entreprises se trouvant dans certaines situations particulières de soumissionner aux marchés publics et aux accords-cadres, par renvoi aux dispositions des articles 8 et 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

L'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précise, dans son 3°, que sont concernées par cette interdiction de soumissionner, « *les personnes soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce* ». Sont également visées « *les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée [...] ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger* ».

Les candidatures d'entreprises en liquidation judiciaire ou de personnes physiques en situation de faillite personnelle doivent donc être rejetées conformément à l'article 52 du CMP.

3. La candidature des groupements composés d'une entreprise en difficulté

3.1. Présence dans le groupement d'une entreprise en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel

La présence d'une entreprise en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel dans un groupement n'emporte aucune conséquence dès lors que ces entreprises peuvent librement accéder à la commande publique (cf. point 2.1).

3.2. Présence dans le groupement d'une entreprise en redressement judiciaire

3.2.1. Entreprise en redressement judiciaire avant la remise des candidatures.

La présence d'une entreprise en redressement judiciaire dans un groupement ne pose pas de difficulté dès lors que l'entreprise fournit, conformément à l'article 44 du CMP,

3. CE, 26 mars 2014, *Commune de Chaumont c/ SA Ateliers bois*, n° 374387.

la copie du ou des jugements prononcés par le tribunal et que le pouvoir adjudicateur s'assure que l'habilitation donnée par le tribunal couvre la période d'exécution du marché (cf. point 2.2.1).

3.2.2. Entreprise en redressement judiciaire entre la remise des candidatures et la signature du marché

Si l'un des membres du groupement fait l'objet d'une mise en redressement judiciaire entre le dépôt des candidatures et la signature du marché, la candidature du groupement reste valable dès lors que l'entreprise fournit la copie du ou des jugements prononcés par le tribunal et que l'habilitation donnée par le tribunal couvre la période d'exécution du marché.

En revanche, si l'habilitation donnée par le tribunal ne couvre pas la période d'exécution du marché, la candidature de l'entreprise en redressement judiciaire ne peut être admise. Pour éviter de rejeter la candidature du groupement, l'article 51 IV du CMP permet d'accepter une modification de la composition du groupement lorsque l'un de ses membres est placé dans l'impossibilité d'assurer la part des prestations qui lui est dévolue. Le pouvoir adjudicateur peut alors accepter de maintenir la candidature du groupement si ce dernier établit sa capacité à exécuter le marché, soit parce que les membres restants détiennent à eux seuls une capacité suffisante, soit parce qu'ils compensent le départ de l'entreprise en redressement judiciaire en faisant appel à la sous-traitance.

3.3. Présence dans le groupement d'une entreprise en liquidation judiciaire

3.3.1. Entreprise en liquidation judiciaire avant la remise des candidatures

Conformément à l'article 43 du CMP, la candidature d'un groupement dont un des membres est en liquidation judiciaire rend la candidature du groupement irrecevable.

3.3.2. Entreprise en liquidation judiciaire entre la remise des candidatures et la signature du marché

Si l'un des membres d'un groupement est placé en liquidation judiciaire entre le dépôt des candidatures et la signature du marché, il ne peut continuer à participer à la procédure.

L'article 51 IV du CMP permet toutefois au groupement de demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant, le cas échéant, à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.